

La lutte contre le dumping social dans la passation des marchés publics

AMAURY MECHELYNCK*

Assistant à l'ULB
Avocat au barreau de Bruxelles

et

MAXIME VANDERSTRAETEN*

Assistant à l'ULB et à l'USL-B
Avocat au barreau de Bruxelles

Introduction

1. Selon une résolution du Parlement européen du 14 septembre 2016, la notion de dumping social « recouvre un large éventail de pratiques abusives intentionnelles et le contournement de la législation européenne et nationale en vigueur (y compris les dispositions législatives et les conventions collectives d'application générale), qui permettent le développement d'une concurrence déloyale en minimisant de façon illégale la charge salariale et les frais de fonctionnement et aboutit à des violations des droits des travailleurs et à l'exploitation des travailleurs »⁽¹⁾.

Cette définition a visiblement inspiré celle reprise, en 2017, par la Chancellerie du premier ministre dans son guide visant à lutter contre le dumping social dans les marchés publics (ci-après, le « Guide »)⁽²⁾.

2. Comme l'a relevé Emmanuel Slautsky dans son introduction au présent dossier, on peut, en réalité, distinguer deux catégories de mesures « anti-dumping » : d'une part, les mesures tendant

à lutter contre des pratiques illégales (par exemple le non-respect des salaires *minima*) ; d'autre part, les mesures visant à favoriser des comportements socialement vertueux, qui vont au-delà du simple respect de la loi (par exemple en exigeant du soumissionnaire qu'il paie à ses travailleurs un salaire dépassant le minimum légal).

3. La présente contribution, consacrée à la lutte contre le dumping social dans la passation des marchés publics, s'intéresse principalement à la première catégorie de mesures, même si la seconde sera également abordée⁽³⁾.

Notre examen ne porte que sur les secteurs dits classiques, réglementés au stade de la passation par la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et par l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, adoptés l'un et l'autre aux fins de transposer en droit interne la directive 2014/24/UE⁽⁴⁾. Des considérations similaires, voire identiques, valent cependant dans les secteurs spéciaux ainsi qu'à l'égard des concessions.

* Les auteurs tiennent à remercier leurs collègues Elise Dermine, Daniel Dumont et Emmanuel Slautsky pour leur relecture attentive d'une première version de ce texte. Bien entendu, les auteurs demeurent seuls responsables des opinions exprimées.

(1) Résolution du Parlement européen du 14 septembre 2016 sur le dumping social dans l'Union européenne, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=FR&reference=P8-TA-2016-0346>.

(2) Guide « Lutte contre le dumping social dans les marchés publics et les concessions », http://www.publicprocurement.be/sites/default/files/documents/social_dumping_fr_003_0.pdf. Selon ce guide, le dumping vise un « large éventail de pratiques abusives ainsi que le contournement de la législation, qui rendent possible la concurrence déloyale en minimisant de façon illégale le coût du travail et les coûts de fonctionnement ». La circulaire fédérale du 10 juillet 2017 dispose que les pouvoirs adjudicateurs fédéraux doivent remplir une fonction d'exemple et par conséquent appliquer les engagements et prescriptions mentionnés dans le Guide et dans la Charte annexée à la circulaire (M.B., 17 juillet 2017, p. 73217).

(3) Pour un récent résumé et une catégorisation des possibilités d'utilisation de la commande publique à des fins sociales selon la directive 2014/24/UE et d'autres instruments internationaux, aux différents stades de la passation et de l'exécution du marché, voy. A. SEMPLE, « Socially Responsible Public Procurement under EU Law and International Agreements : the GPA, CETA and the EU-Ukraine Deep and Comprehensive Free Trade Area », *E.P.P.L.*, 2017/3, pp. 293-308. Voy. égal. S. ARROWSMITH, « Horizontal policies in public procurement : a taxonomy », *Journal of Public Procurement*, 2010, pp. 149-186.

(4) Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

Nous nous concentrons par ailleurs sur les marchés de plus de 30.000 euros, les marchés inférieurs à ce seuil étant soumis à un nombre très limité de dispositions⁽⁵⁾.

Enfin, nous n'abordons pas la problématique des clauses d'exécution à caractère social, à savoir les clauses obligeant l'attributaire du marché à assurer certaines prestations à caractère social dans le cadre de l'exécution du marché public. En effet, bien que ce type de clause soit inséré dans les documents du marché et concerne donc *a priori* la passation de celui-ci, sa mise en œuvre et son contrôle relèvent de l'exécution du marché. Sur la question des clauses d'exécution, nous nous permettons par conséquent de renvoyer à d'autres auteurs⁽⁶⁾.

4. Notre contribution se donne pour objectif d'examiner les moyens à la fois théoriques et pratiques de lutte contre le dumping social à l'occasion de la passation d'un marché public, en décrivant les outils concrets dont disposent les pouvoirs adjudicateurs, ainsi que les obstacles auxquels ceux-ci sont confrontés.

Dans un premier temps, nous revenons sur la nouvelle obligation générale de respect du droit social comprise à l'article 7 de la loi du 17 juin 2016, en tentant d'en déterminer la portée précise dans le cadre de la passation des marchés publics (1).

Puis, nous examinons comment s'opère la lutte contre le dumping social au stade de la sélection qualitative (2). Celle-ci porte sur la personnalité des soumissionnaires – indépendamment de la qualité de leur offre –, et a notamment pour objet d'écarter d'emblée ceux qui se trouvent dans une situation dite d'exclusion.

La phase d'examen des offres est ensuite étudiée (3). Nous distinguons l'examen de la régularité des offres de leur comparaison au regard des critères d'attribution.

Pour conclure, nous nous interrogeons sur l'efficacité des nouveaux mécanismes de lutte contre le dumping social au stade de la passation des marchés publics que nous aurons passés en revue (4). Comme nous le verrons, la diversité et la complexité des contrôles que le pouvoir

adjudicateur est susceptible d'opérer illustrent un phénomène de « substitution réglementaire », par lequel le droit des marchés publics est de plus en plus utilisé en vue d'assurer le respect du droit social. Cette tendance devrait conduire à interpréter de manière raisonnable les obligations de contrôle mises à charges des pouvoirs adjudicateurs, lesquels devraient élaborer une stratégie ambitieuse, mais réaliste, de lutte contre le dumping social.

1. L'obligation générale de respecter le droit social de l'article 7 de la loi

5. Le respect du droit social a été érigé en principe général de la commande publique par l'article 7 de la loi du 17 juin 2016 (1.1). Il convient de s'interroger sur les champs d'application *ratione personae* (1.2) et *ratione materiae* (1.3) de ce nouveau principe, ainsi que sur son applicabilité au stade de la passation des marchés publics (1.4)

1.1 LE RESPECT DU DROIT SOCIAL CONSACRÉ EN TANT QUE PRINCIPE GÉNÉRAL

6. Conformément à l'article 7 de la loi du 17 juin 2016, « (l)es opérateurs économiques sont tenus de respecter et de faire respecter par toute personne agissant en qualité de sous-traitant à quelque stade que ce soit et par toute personne mettant du personnel à disposition pour l'exécution du marché, toutes les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union européenne, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe II ». La disposition précise ensuite : « sans préjudice de l'application des sanctions visées dans d'autres dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles, les manquements aux obligations visées à l'alinéa 1^{er} sont constatés par l'adjudicateur et donnent lieu, si nécessaire, à l'application des mesures prévues en cas de manquement aux clauses du marché ».

(5) À savoir la plupart des dispositions du titre 1^{er} de la loi (comprenant notamment les définitions et les principes généraux) et les dispositions relatives au champ d'application *ratione personae* et *ratione materiae* visé au chapitre 1^{er} du titre 2 de la loi. Les motifs d'exclusion obligatoires ou facultatifs ne font pas partie des dispositions applicables aux marchés publics de faible montant.

(6) Voy. récemment : S. DE LA ROSA, *Droit européen de la commande publique*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 332-335 ; A.S. GRAELLS, « Regulatory substitution between labour and public procurement law : the EU's shifting approach to enforcing labour standards in public contracts », *European Public Law*, 2018, vol. 24, pp. 229-254.

(7) De manière générale, sur l'article 18, § 2, de la directive 2014/24/UE transposé par l'article 7 de la loi du 17 juin 2016, voy. P. KUNZLIK, « The 2014 Public Procurement Package. One-step forward and two back for Green and Social Procurement ? », in *EU Directive 2014/24 on public procurement*, K. WAUTERS et I. MARIQUE (dir.), Bruxelles, Larcier, 2016,

7. Le respect du droit social est par conséquent devenu un principe général de la commande publique, inséré au sein du chapitre 2 de la loi, au même titre notamment que les principes d'égalité, de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité.

Auparavant, il existait à l'article 42 de l'ancienne loi du 15 juin 2006 une obligation pour l'opérateur économique de « respecter et de faire respecter par ses propres sous-traitants et par toute personne lui procurant du personnel, toutes les dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles en matière fiscale et de sécurité sociale ». Cette obligation était cependant formulée de manière moins complète que le nouvel article 7 de la loi du 17 juin 2016, et reprise sous un chapitre intitulé « Conditions d'exécution »⁽⁸⁾. Son champ comme sa portée ont été substantiellement élargis.

1.2 CHAMP D'APPLICATION RATIONE PERSONAE :

LES OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES
ET LES POUVOIRS ADJUDICATEURS

8. L'article 7 de la loi renvoie aux obligations des « opérateurs économiques »⁽⁹⁾ et précise que les manquements sont constatés par le pouvoir adjudicateur. L'exposé des motifs de la loi confirme que le respect des obligations sociales des opérateurs économiques incombe aux pouvoirs adjudicateurs⁽¹⁰⁾.

9. Cette interprétation n'avait néanmoins rien d'évident⁽¹¹⁾. L'article 18, § 2, de la directive 2014/24/UE prévoit en effet uniquement que les « États membres » prennent les mesures appropriées pour veiller à ce que, dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques

se conforment à leurs obligations. Certes, le considérant 37 de la directive mentionne, au titre de débiteurs de cette obligation, « les États membres et les pouvoirs adjudicateurs », mais le contenu des dispositions de la directive montre que, dans la plupart des cas, le pouvoir adjudicateur n'a en réalité pas d'obligation de faire respecter le droit social⁽¹²⁾. En ce sens, l'article 18, § 2, de la directive doit être interprété comme obligeant les États membres à prévoir des mécanismes de surveillance et de sanction du respect du droit social, sans que ces mécanismes doivent nécessairement figurer dans le corpus réglementaire des marchés publics. Le législateur belge a quant à lui fait le choix d'intégrer une disposition relative au respect du droit social au sein de la loi du 17 juin 2016, malgré la coexistence de mécanismes de surveillance et de sanction spécifiques au droit social.

1.3 CHAMP D'APPLICATION RATIONE MATERIAE :

LE RESPECT DU DROIT « SOCIAL ET DU TRAVAIL »

10. L'article 7 vise à imposer le respect de « toutes les obligations applicables dans les domaines du droit [...] social et du travail établies par le droit de l'Union européenne, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit [...] social et du travail énumérées à l'annexe II »⁽¹³⁾.

11. Au premier abord, cette formulation laisse un peu perplexe dans la mesure où, en Belgique, le droit du travail est considéré comme faisant partie du droit social, aux côtés de l'autre sous-ensemble de celui-ci qu'est le droit de la sécurité sociale. En réalité, la formule est reprise directement de

pp. 139-196, spéc. pp. 170 et s. ; P. TELLES et G. SKOVGAARD ØLYKKE, « Sustainable Procurement : A Compliance Perspective of EU Public Procurement Law », *E.P.P.P.L.*, 2017/3, pp. 244-246.

(8) Projet de loi relatif aux marchés publics du 4 janvier 2016, *Doc. parl.*, Ch. repr., session 2015-2016, n° 54-1541/1, p. 25.

(9) L'opérateur économique est « toute personne physique, toute personne morale de droit public ou de droit privé ou tout groupement de ces personnes, y compris les associations temporaires d'entreprises, qui offre, respectivement, la réalisation de travaux, d'ouvrages [...], des fournitures ou des services sur le marché. Il s'agit, selon les cas, d'un entrepreneur, d'un fournisseur ou d'un prestataire de services » (art. 2, 10°, de la loi du 17 juin 2016).

(10) « Le principe selon lequel les opérateurs économiques doivent respecter les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail peut, pour les raisons précitées, être considéré comme un principe directeur dans la législation relative aux marchés publics. La manière concrète dont l'adjudicateur doit/peut veiller au respect de ces obligations dépend toutefois du stade de la passation » (projet de loi relatif aux marchés publics du 4 janvier 2016, *Doc. parl.*, Ch. repr., session 2015-2016, n° 54-1541/1, p. 26, nous soulignons).

(11) En 1977, Hubert Frank relevait déjà plus d'une quinzaine de tentatives de définition de ce concept (« Réflexions sur les concepts de droit social, de droit du travail et de droit de la sécurité sociale », *J.T.T.*, 1977, pp. 117 à 122). Voy. également P. VAN DER VORST, « Clefs du droit social belge », in *À l'enseigne du droit social*, P. VAN DER VORST, G. SPYTAELS et L. FRANÇOIS (dir.), Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1978, pp. 13 à 25, spéc. note n° 3 ; H. LENAERTS, *Inleiding tot het sociaal recht*, Diegem, Kluwer, 1995, p. 4 ; C. WANTIEZ et M. VERWILGHEN, *Initiation au droit social*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 6.

(12) En particulier, le pouvoir adjudicateur n'a, en droit européen, pas d'obligation d'écarter un opérateur qui ne respecte pas le droit social, sous réserve de l'hypothèse d'un prix anormalement bas qui est la conséquence de cette violation du droit social (P. KUNZLIK, « The 2014 Public Procurement Package. One-step forward and two back for Green and Social Procurement ? », *op. cit.*, pp. 17-172).

(13) À savoir : la Convention n° 87 de l'OIT concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical, la Convention n° 98 de l'OIT sur le droit d'organisation et de négociation collective, la Convention n° 29 de l'OIT sur le travail forcé, la

l'article 18 de la directive 2014/24/UE⁽¹⁴⁾. Dans le contexte européen, la distinction entre droit social et droit du travail a une certaine pertinence car, dans certains États membres, la notion de droit social renvoie exclusivement au droit de la sécurité sociale et ne recouvre pas le droit du travail⁽¹⁵⁾. On observera toutefois qu'en anglais international, l'expression *social law* englobe généralement bien les deux volets du droit social. En tout état de cause, le législateur belge aurait certainement pu, lui, se contenter de reprendre l'expression « droit social » lors de la transposition.

12. Quelles normes sont précisément visées par l'expression de la directive, reproduite en droit interne ? En l'absence de définition en droit de l'Union européenne, il revient en premier lieu aux États membres d'interpréter les notions de droit social et de droit du travail⁽¹⁶⁾. Pour sa part, l'exposé des motifs de la loi belge précise qu'il s'agit notamment des dispositions légales, réglementaires et conventionnelles, que celles-ci résultent de la loi ou d'accords paritaires sur le plan national, régional ou local, concernant le paiement de la rémunération, le bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, les conditions générales de travail, l'occupation de travailleurs étrangers et les obligations en matière de sécurité sociale⁽¹⁷⁾. À part cette énumération exemplative, les travaux préparatoires ne contiennent pas d'autres indications sur le contenu précis de la notion de droit social et du travail.

13. De nombreux auteurs ont tenté de définir cette notion. La grande majorité des définitions proposées renvoie tant à la régulation des relations de travail qu'à une idée de protection contre la précarité pour les travailleurs et les personnes

privées de revenus suite à la survenance d'un risque social. À titre d'exemple, on peut mentionner la définition classique de Herman Lenaerts, qui s'appuie sur l'article 23, alinéa 3, 1° et 2°, de la Constitution : le droit social désigne « l'ensemble des règles de droit qui règlent le droit au travail et le droit à la sécurité d'existence »⁽¹⁸⁾. Au regard de cette définition extensive, il apparaît que le droit social recouvre un ensemble très vaste de dispositions, qu'il est malaisé d'énumérer de façon exhaustive.

14. Au vu de l'interprétation large du concept de droit social généralement retenue dans la doctrine belge, il semble qu'il faille ajouter à l'énumération proposée par l'exposé des motifs un certain nombre de normes qui font elles aussi indubitablement partie du droit « social et du travail », puisqu'elles visent spécifiquement un aspect de la relation de travail. Il s'agit, par exemple, des normes concernant le droit collectif du travail (élections sociales, conseil d'entreprise, CPPT, délégation syndicale, etc.) et des normes relatives au travail temporaire (notamment l'interdiction de principe de la mise à disposition du personnel).

De même, font à notre sens également partie du droit social (et du travail) les règles qui n'ont pas été adoptées uniquement pour s'appliquer dans le contexte des relations de travail, mais qui, en pratique, ont une influence très importante sur les droits des parties au contrat de travail. Il s'agit, par exemple, des règles en matière de lutte contre la discrimination⁽¹⁹⁾ ou de protection des données à caractère personnel⁽²⁰⁾. Cette interprétation nous semble correspondre à l'intention du législateur dans le cadre de l'adoption de l'article 7 la loi du 17 juin 2016, à savoir éviter que le non-respect du droit social ne confère un avantage concurrentiel

Convention n° 105 de l'OIT sur l'abolition du travail forcé, la Convention n° 138 de l'OIT concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi, la Convention n° 111 de l'OIT concernant la discrimination (emploi et profession), la Convention n° 100 de l'OIT sur l'égalité de rémunération et la Convention n° 182 de l'OIT sur les pires formes de travail.

(14) Article 18 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

(15) Voy. à cet égard l'analyse de Y. Stevens au sujet de la même formule telle qu'elle est mobilisée dans la directive 2003/41 (remplacée aujourd'hui par la directive « refonte » 2016/2341 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle) : Y. STEVENS, « The meaning of "national social and labour legislation" in directive 2003/41/EC on the activities and supervision of institutions for occupational retirement provision », *Research report commissioned by the European Association of Paritarian Institutions (AEIP)*, Leuven, 2004, pp. 29 et 30, disponible en ligne (http://www.aeip.net/index.php?option=com_content&view=category&id=17&Itemid=24&lang=en).

(16) *Ibid.*, p. 56.

(17) Projet de loi relatif aux marchés publics du 4 janvier 2016, *Doc. parl.*, Ch. repr., session 2015-2016, n° 54-1541/1, p. 26.

(18) Cette définition nous a semblé la plus convaincante étant donné qu'il s'agit, à notre connaissance, de la seule définition de la notion de droit social qui se réfère à l'article 23 de la Constitution. Notons que les définitions proposées par d'autres auteurs que nous avons consultés ne sont pas plus précises et ne permettent pas plus que la définition de Herman Lenaerts de dresser une liste exhaustive des normes qui font partie du droit social. Voy. pour une discussion de la définition proposée par ce dernier, W. VAN ECKHOUTTE, « De Inleiding tot het sociaal recht van Herman Lenaerts revisited », *RDS*, 2017/1-2, p. 52.

(19) Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007.

(20) Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993.

indu à des entreprises peu scrupuleuses⁽²¹⁾. Or, le non-respect de règles comme l'interdiction de la discrimination sur la base des critères protégés est de nature à conférer un avantage social à de telles entreprises. On pense par exemple à la baisse des coûts salariaux via l'attribution aux femmes de salaires inférieurs à ceux des hommes.

15. Dans le même ordre d'idées il faut aussi considérer, selon nous, que certaines normes édictées par les collectivités politiques fédérées font partie du droit social et du travail visé par l'article 7 de la loi du 17 juin 2016. Cette position ne va pas de soi, dans la mesure où les matières du droit du travail et la sécurité sociale sont réservées explicitement à l'État fédéral par la loi spéciale de réformes institutionnelles⁽²²⁾. Il existe néanmoins certaines règles édictées par les entités fédérées sur la base d'une compétence propre qui visent à protéger les travailleurs dans le cadre de leur relation de travail et dont le non-respect par des entreprises peu scrupuleuses est susceptible de constituer un avantage concurrentiel illégitime dans le cadre de l'obtention d'un marché public. Il s'agit, par exemple, des règles relatives à l'agrément des agences de travail intérimaire, qui relèvent de la compétence régionale en matière de politique de l'emploi⁽²³⁾. Ces règles visent notamment à protéger les travailleurs intérimaires dans le cadre de l'exercice de leur travail, en exigeant de l'employeur qu'il présente des garanties suffisantes en matière de stabilité financière, de connaissance et de respect du droit du travail, etc. Si elles ne portent pas directement sur les relations entre travailleurs et employeurs, ces règles visent donc bien à influencer les conditions de travail des travailleurs intérimaires. Or, comme la Confédération Construction le déplore⁽²⁴⁾, le fait de faire appel à des entreprises intérimaires qui ne sont pas agréées, et ne répondent donc pas aux conditions strictes des réglementations régionales à cet égard, peut conférer un avantage concurrentiel indu au soumissionnaire concerné.

16. En conclusion, le champ d'application *ratione materiae* de l'obligation de respecter le « droit social » nous semble devoir être interprété comme visant non seulement les dispositions qui régissent spécifiquement un aspect de la relation de travail (rémunération, bien-être des travailleurs, obligations de sécurité sociale, droit collectif du travail, etc.), mais aussi, plus largement, toute norme qui a une influence importante sur les droits des parties au contrat de travail, même si cette norme a aussi vocation à s'appliquer en dehors du contexte d'une relation de travail (lutte contre la discrimination, protection des données à caractère personnel, etc.).

1.4 QUAND LE CONTRÔLE DU RESPECT DU DROIT SOCIAL DOIT-IL AVOIR LIEU ?

17. En cas de violation du droit social par un opérateur économique, l'article 7 de la loi du 17 juin 2016 prévoit l'application des « mesures prévues en cas de manquement aux clauses du marché ». L'exposé des motifs cite à cet égard la révision du marché ou sa résiliation⁽²⁵⁾, ce qui pourrait laisser à penser que le contrôle du respect du droit social aurait lieu exclusivement au stade de l'exécution du marché.

En réalité, l'article 7 doit à notre sens être conçu comme une disposition « introductive », dont la mise en œuvre a lieu via d'autres dispositions de la loi, lesquelles concernent tous les stades d'un marché public, et non seulement son exécution. Ceci est confirmé par le considérant 40 de la directive, selon lequel le contrôle du respect du droit social « devrait être effectué aux stades pertinents de la procédure de passation de marché, lors de l'application des principes généraux régissant le choix des participants et l'attribution des marchés, lors de l'application des critères d'exclusion et lors de l'application des dispositions concernant les offres anormalement basses. Les vérifications nécessaires à cette fin devraient être réalisées conformément aux dispositions pertinentes de la présente directive [...] »⁽²⁶⁾.

(21) Projet de loi relatif aux marchés publics du 4 janvier 2016, *Doc. parl.*, Ch. repr., session 2015-2016, n° 54-1541/1, p. 25.

(22) Art. 6, § 1^{er}, VI, al. 5, 12°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980. Voy., à ce sujet, L. ELIAERTS, *Terbeschikkingstelling van werknemers en uitzendarbeid*, Malines, Bruxelles, 2014, pp. 8 à 32 ; D. DUMONT, « La sécurité sociale et la sixième réforme de l'État : rétroactes et mise en perspective générale », *L'impact de la sixième réforme de l'État sur la sécurité sociale et le marché du travail : regards de juristes*, *Revue belge de sécurité sociale*, 2015, vol. 57/2 p. 212 et les réf. citées.

(23) Art. 6, § 1^{er}, IX, 1°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980.

(24) *Dumping et fraude sociale dans le contexte du détachement de travailleurs. Argumentaire et position de la Confédération*, 11 décembre 2015, p. 5, disponible en ligne via <https://www.confederatiebouw.be/fr-be/actua/dumpingsocial.aspx>.

(25) Projet de loi relatif aux marchés publics du 4 janvier 2016, *Doc. parl.*, Ch. repr., session 2015-2016, n° 54-1541/1, p. 29.

(26) Voy. égal. le projet de loi relatif aux marchés publics du 4 janvier 2016, *Doc. parl.*, Ch. repr., session 2015-2016, n° 54-1541/1, pp. 25-26.

Nous examinons ci-après les mesures visant spécifiquement le stade de la passation du marché.

Il ressort de ce qui précède que l'article 7 de la loi du 17 juin 2016 consacre un principe général applicable aux opérateurs économiques et dont le respect est contrôlé par les pouvoirs adjudicateurs. Cette tâche de contrôle est une charge conséquente pour les pouvoirs adjudicateurs, vu l'interprétation large qu'il convient de réserver à la notion de « droit social », et vu la complexité des normes concernées. L'article 7 doit cependant être vu comme une disposition générale dont la mise en œuvre est précisée et encadrée aux différents stades de la passation du marché.

2. La lutte contre le dumping social au stade de la sélection qualitative

18. Le marché ne peut être attribué que si l'offre provient d'un soumissionnaire qui n'est pas exclu de l'accès au marché et qui répond aux critères de sélection qualitative *sensu stricto* (capacité financière, capacité technique, etc.). Nous n'examinons ici la sélection qualitative que sous l'angle des motifs d'exclusion, lesquels sont *a priori* les plus pertinents en termes de lutte contre le dumping social⁽²⁷⁾.

19. Quoique les procédés aient tous deux pour effet d'écarter la participation de certaines entreprises, la sélection qualitative ne doit pas être confondue avec la réservation de marché. Il est en effet possible – plus largement qu'auparavant – de réserver le droit de participer à un marché public à des « ateliers protégés » (désormais appelés « entreprises de travail adapté » à Bruxelles et en Wallonie, et « *maatwerkbedrijven* » en Flandre) et à des entreprises dont l'objectif est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées (les « entreprises d'insertion » à Bruxelles et en Wallonie ; les

« *inschakelingsbedrijven* » en Flandre), ou de réserver l'exécution d'un marché dans le cadre de programmes d'emplois protégés, à condition qu'au moins 30 % du personnel de ces ateliers, opérateurs économiques ou programmes soient des travailleurs handicapés ou défavorisés (auparavant la loi imposait un seuil de 50 %)⁽²⁸⁾. La réservation peut être conçue comme une mesure indirecte de lutte contre le dumping social, en tant qu'elle s'écarte d'une logique de recherche du moindre coût. À ce jour, aucune autre forme de réservation de marché – par exemple au profit des PME⁽²⁹⁾ – n'est autorisée.

20. Après avoir rappelé les grands principes qui président à la vérification de l'existence d'éventuelles causes d'exclusion (2.1), nous examinons les nouveaux motifs d'exclusion consacrés par la loi du 17 juin 2016 en lien avec la lutte contre le dumping social (2.2). Nous relevons ensuite que, dans certains cas, la vérification des motifs d'exclusion a lieu non seulement dans le chef de l'opérateur économique, mais aussi des dirigeants de l'entreprise, ce qui s'avère particulièrement pertinent, à notre estime, en matière de droit social (2.3). Enfin, nous revenons brièvement sur le régime particulier que la loi aménage en ce qui concerne le paiement des dettes fiscales et sociales (2.4), avant de constater l'existence d'une série d'obstacles pratiques à la vérification effective des différentes causes d'exclusion liées au dumping social (2.5).

2.1 PRINCIPES GÉNÉRAUX

EN MATIÈRE DE MOTIFS D'EXCLUSION

21. Les motifs d'exclusion ont pour objet d'écarter de la participation à un marché public les entreprises qui se trouvent dans l'une ou l'autre des situations énumérées par la loi. Cette dernière distingue les motifs d'exclusion obligatoires⁽³⁰⁾ – lesquels doivent en principe toujours conduire à

(27) Même si la détermination de critères de capacité technique peut également être utile en vue de lutter contre le dumping social ou de favoriser des comportements socialement vertueux (par exemple, en exigeant la production de références d'exécution de marchés affectés d'une clause sociale).

(28) Art. 15 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Auparavant, la réservation à des entreprises d'insertion n'était possible que sous les seuils de publicité européenne, car les anciennes directives ne prévoyaient pas la réservation au profit d'entreprises d'insertion.

(29) La plus grande participation des PME aux marchés publics est parfois citée comme un moyen de lutte contre le dumping social, dès lors qu'elles sont souvent géographiquement proches du lieu d'exécution des marchés et donc moins soumises au risque de concurrence déloyale d'entreprises pratiquant le dumping social (J.-F. JAMINET, « Debout ! Les adjudicateurs ! Du dumping, faisons table rase », *Chronique des marchés publics 2015-2016*, Bruxelles, EBP, 2016, p. 315). Quoiqu'il ne soit pas permis de réserver un marché aux PME, la manière de concevoir le marché peut favoriser la participation de celles-ci (allotissement, critères de sélection raisonnables, etc.) : J.-F. JAMINET, « Debout ! Les adjudicateurs ! Du dumping, faisons table rase », *op. cit.*, pp. 315-321. L'utilisation du droit des marchés publics à des fins sociales aurait par contre tendance à renforcer les grandes entreprises, au détriment des PME, au motif que les premières seraient, davantage que les secondes, en mesure de satisfaire aux exigences sociales élevées qui seraient imposées par un pouvoir adjudicateur (voy. la contribution d'Emmanuel Slaatsky au présent numéro).

(30) Art. 67 et 68 de la loi du 17 juin 2016.

l'exclusion de l'opérateur économique concerné – des motifs d'exclusion facultatifs⁽³¹⁾ – qui peuvent conduire à une telle exclusion.

22. Qu'elles soient obligatoires ou facultatives, toutes les causes d'exclusion sont limitées dans le temps.

S'agissant des motifs d'exclusion obligatoires, l'exclusion vaut pendant cinq ans à compter de la date du jugement condamnant le soumissionnaire. Par exception, le motif d'exclusion relatif à l'occupation de ressortissants en séjour illégal vaut pendant cinq ans à partir de la fin de l'infraction. Cette exception s'explique par le fait que ce motif d'exclusion procède de la transposition non pas de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics, mais de la directive 2009/52/CE du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. Parmi ces mesures figure l'exclusion de la participation aux marchés publics « pour une durée pouvant aller jusqu'à cinq ans »⁽³²⁾, cette durée n'étant pas dépendante d'une condamnation prononcée par un jugement définitif (au contraire des critères d'exclusion obligatoire de la directive 2014/24/UE).

En ce qui concerne les motifs d'exclusion facultatifs, l'exclusion s'applique pour une période de trois ans à compter de la date de l'événement concerné ou, en cas d'infraction continue, à partir de la fin de l'infraction.

Les causes d'exclusion obligatoires sont donc sanctionnées plus durement que les motifs facultatifs.

23. Toutefois, à la suite de la directive, la nouvelle loi offre désormais la possibilité au soumissionnaire qui se trouve dans une situation d'exclusion (même obligatoire) de démontrer avoir pris des mesures correctrices (« *self-cleaning* »)⁽³³⁾. À cette fin, l'opérateur prouve d'initiative qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction

pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute⁽³⁴⁾.

Les mesures décrites sont évaluées par le pouvoir adjudicateur en tenant compte de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières. Une décision motivée doit être adoptée. La loi précise que lorsque les mesures sont jugées insuffisantes, la motivation de la décision concernée est transmise à l'opérateur concerné⁽³⁵⁾.

La nouvelle directive a introduit une faculté de *self-cleaning* en vue d'homogénéiser les pratiques observées dans les États membres, dont certains admettaient un tel mécanisme et d'autres pas. Il s'agit en outre de permettre une évaluation plus complète de la situation d'un soumissionnaire, sans s'arrêter au constat de l'existence d'une cause d'exclusion⁽³⁶⁾.

24. La directive 2014/24/UE a manqué l'opportunité de préciser si les motifs d'exclusion s'appliquent aussi lorsque la condamnation de l'opérateur économique est intervenue hors de l'Union européenne⁽³⁷⁾. Dans ce contexte de vide juridique, la plupart des États membres considèrent que les jugements non européens ne sont pas pertinents, mais d'autres (l'Allemagne, l'Autriche et le Royaume-Uni par exemple) excluent les soumissionnaires condamnés hors de l'Union européenne⁽³⁸⁾. À défaut de précision dans la réglementation belge, nous n'apercevons pas de raison de ne pas tenir compte des condamnations étrangères⁽³⁹⁾.

25. Il est possible de demander aux soumissionnaires d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils ont l'intention de sous-traiter ainsi que l'identité des sous-traitants proposés⁽⁴⁰⁾. Il n'existe cependant pas d'obligation, au stade de la

(31) Art. 69 de la loi du 17 juin 2016.

(32) Art. 7, b).

(33) Art. 70, al. 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016.

(34) Art. 70, al. 2, de la loi du 17 juin 2016.

(35) Art. 70, al. 3, de la loi du 17 juin 2016.

(36) S. VAN GARSSSE et S. DE MARS, « Exclusion and self-cleaning in the 2014 public sector directive », in *EU Directive 2014/24 on public procurement*, op. cit., p. 132.

(37) Les condamnations dans l'Union européenne sont quant à elles reconnues, conformément au principe de confiance mutuelle.

(38) S. VAN GARSSSE et S. DE MARS, « Exclusion and self-cleaning in the 2014 public sector directive », op. cit., p. 123.

(39) Dans certains cas, une condamnation à l'étranger peut être mentionnée sur le casier judiciaire de l'intéressé en Belgique (voy. art. 590, 16°, du Code d'instruction criminelle).

(40) Art. 74 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

passation du marché⁽⁴¹⁾, de contrôler l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants mentionnés dans l'offre, sauf ceux aux capacités desquels il est fait appel pour rencontrer les critères de sélection⁽⁴²⁾. Il est vrai qu'imposer un tel contrôle à l'égard de tous les sous-traitants (même ceux aux capacités desquels le soumissionnaire n'a pas recours pour être sélectionné) créerait une lourde charge administrative dans le chef du pouvoir adjudicateur, pour un avantage limité, car il est en principe aisé, en phase d'exécution, de remplacer un sous-traitant qui se trouverait dans une situation d'exclusion.

2.2 NOUVEAUX MOTIFS D'EXCLUSION SUR LE PLAN SOCIAL

S'agissant de la problématique qui nous intéresse, la nouvelle loi consacre deux nouveaux motifs d'exclusion qui doivent plus particulièrement retenir notre attention. Le premier est facultatif, le second obligatoire.

26. La nouvelle loi consacre une nouvelle cause d'exclusion facultative : il s'agit du non-respect, démontré « par tout moyen approprié », du droit environnemental, social ou du travail – ces dernières notions n'étant pas davantage définies que dans le cadre de l'article 7 de la loi (*cf. supra*).

Certains auteurs ont relevé que le non-respect du droit environnemental, social ou du travail pouvait auparavant déjà être appréhendé – au moins pour certaines infractions – sous l'angle de la cause d'exclusion facultative liée à une « faute professionnelle grave qui remet en cause [l']intégrité » du candidat ou soumissionnaire⁽⁴³⁾.

Nous reviendrons plus loin sur cette nouvelle cause d'exclusion et sur son application pratique (*infra*, n° 35).

27. Outre une nouvelle cause d'exclusion obligatoire pour travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains, qui n'appelle pas de commentaire particulier tant elle apparaît s'imposer, la loi du 17 juin 2016 prévoit une nouvelle cause d'exclusion obligatoire relative à l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal⁽⁴⁴⁾.

Selon l'article 61, 7°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, cette cause d'exclusion vise les candidats qui se sont rendus coupables d'« occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal au sens de l'article 35/7 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs ou au sens de la loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers ».

Cette cause d'exclusion obligatoire est particulière car, contrairement à tous les autres motifs d'exclusion obligatoire, une condamnation coulée en force de chose jugée n'est pas requise : une constatation par une décision administrative ou judiciaire, en ce compris par une notification écrite en exécution de l'article 49/2 du Code pénal social, est suffisante⁽⁴⁵⁾. La notification écrite en exécution de l'article 49/2 du Code pénal social est une notification par laquelle l'inspection informe par écrit les entrepreneurs et les maîtres d'ouvrage que leur entrepreneur occupe un ou des ressortissants de pays tiers en séjour illégal.

Les termes « décision administrative » semblent désigner l'infliction d'une amende administrative sur la base du Code pénal social. Ce Code prévoit, en ses articles 74 à 85, que les infractions qui ne font pas l'objet de poursuites pénales par le ministère public peuvent faire l'objet de poursuites administratives se soldant par l'infliction d'amendes⁽⁴⁶⁾. Une décision infligeant une telle amende pour occupation d'un travailleur en séjour illégal (comportement incriminé par l'article 175 du Code pénal social) sera donc suffisante pour exclure un candidat dans le cadre d'un marché public.

La notification écrite en exécution de l'article 49/2 du Code pénal social aura désormais des conséquences importantes, puisqu'elle entraînera l'application d'une cause d'exclusion obligatoire des procédures de marchés publics pendant une durée de cinq ans. Il faut donc s'attendre à ce que cette notification soit fréquemment contestée par le biais de la procédure comme en référé devant le président du tribunal du travail⁽⁴⁷⁾. À cette occasion, le juge appréciera la légalité de la mesure et l'opportunité de son

(41) S'agissant des obligations de vérification au stade de l'exécution du marché, il est renvoyé à la contribution d'Y. Marique et K. Wauters au sein de la présente revue.

(42) Art. 73 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

(43) S. VAN GARSE et S. DE MARS, « Exclusion and self-cleaning in the 2014 public sector directive », *op. cit.*, p. 131.

(44) Art. 67, § 1^{er}, 7°, de la loi du 17 juin 2016 ; ancien article 20/1 de la loi du 15 juin 2006 – jamais entré en vigueur. Il faut noter que cette mesure ne trouve pas son origine dans la directive 24/2014 mais bien dans la directive 2009/52.

(45) Art. 67, § 1^{er}, al. 2, de la loi du 17 juin 2016.

(46) L'article 101 du Code pénal social fixe le montant de ces amendes. L'occupation de travailleurs en séjour illégal peut être sanctionnée sur la base de l'article 174 du Code pénal social.

(47) Art. 2 de la loi du 2 août 2010 comportant des dispositions de droit pénal social, *M.B.*, 1^{er} juillet 2010.

maintien. Or, l'article 18 du Code pénal social prévoit le principe de proportionnalité des mesures imposées par l'inspection, et certains juges se réfèrent également à la notion de bonne administration⁽⁴⁸⁾. Il faudra donc désormais tenir compte des effets économiques d'une notification sur la base de l'article 49/2 pour apprécier l'opportunité de son maintien, particulièrement sous l'angle de la proportionnalité.

2.3 LA VÉRIFICATION DES MOTIFS D'EXCLUSION DANS LE CHEF DES DIRIGEANTS DE L'ENTREPRISE

28. Les causes d'exclusion s'appliquent aussi dans le chef des membres de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance du candidat ou soumissionnaire ou des personnes qui détiennent un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein⁽⁴⁹⁾. Néanmoins, les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas obligés de vérifier l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des personnes précitées dans deux cas : d'une part, en-dessous des seuils européens (même à l'égard des motifs d'exclusion obligatoire) et, d'autre part, en ce qui concerne les motifs d'exclusion facultative. Ces exceptions procèdent du souci d'éviter une charge administrative supplémentaire dans le chef du pouvoir adjudicateur⁽⁵⁰⁾.

29. Vue sous l'angle du droit pénal social, cette extension des causes d'exclusion, à tout le moins obligatoires, est pertinente, car ce n'est pas toujours la personne morale présentée comme l'employeur qui se trouvera dans une situation d'exclusion. En effet, seuls l'employeur, son mandataire ou préposé peuvent en principe être auteurs d'infractions en droit pénal social⁽⁵¹⁾. Or, ces notions reçoivent une interprétation autonome en droit pénal social. Ainsi, l'employeur peut être

la personne qui se comporte comme telle dans les faits en exerçant une autorité sur les travailleurs⁽⁵²⁾. Sans s'arrêter aux distinctions qui doivent être opérées entre ces deux catégories, l'on peut résumer que le préposé ou le mandataire sont des personnes qui ont effectivement le pouvoir de faire respecter la loi, qui jouent le rôle de l'employeur à certains égards (typiquement, les chefs de chantier)⁽⁵³⁾. Ces personnes peuvent être considérées comme pénalement responsables, conjointement avec les personnes morales pour lesquelles elles ont agi, lorsqu'elles ne peuvent pas invoquer l'article 5 du Code pénal⁽⁵⁴⁾. Il est donc pertinent de vérifier si des personnes physiques qui dirigent l'entreprise soumissionnaire n'ont pas été condamnées pour des infractions au droit social.

Du reste, cette disposition intègre la jurisprudence du Conseil d'État qui a déjà considéré que des infractions commises par les dirigeants d'une personne morale pouvaient « infecter » la candidature d'une personne morale dans le cadre d'un marché public⁽⁵⁵⁾.

30. Néanmoins, de nouvelles controverses risquent d'apparaître, notamment en raison de l'absence de définition par la directive ou par la loi des notions « d'organe administratif, de gestion ou de surveillance » et de « personnes qui détiennent un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle ».

Les notions d'organe administratif, de gestion ou de surveillance ne devraient pas poser trop de difficultés dans la mesure où il est possible de les rattacher à un organe spécifique d'une personne morale. L'on songe, pour l'organe administratif, au conseil d'administration d'une s.a., pour l'organe de gestion, à la gérance d'une s.p.r.l. et pour l'organe de surveillance, au conseil de surveillance d'une s.e.⁽⁵⁶⁾.

(48) « Pour vérifier la légalité de la mesure ainsi que l'opportunité de son maintien, il convient de se référer à la notion de bonne administration, qui s'apprécie à la lumière de deux principes : le principe de prévoyance et le principe de proportionnalité » (Trib. trav. Anvers (réf.), 20 septembre 2011, n° 11/3893/A, *Dr. pén. entr.*, 2014, p. 69).

(49) Art. 67, § 1^{er}, dernier al., et 69, dernier al., de la loi du 17 juin 2016.

(50) Projet de loi relatif aux marchés publics du 4 janvier 2016, *Doc. parl.*, Ch. repr., session 2015-2016, n° 54-1541/1, p. 116.

(51) Voy. à cet égard, Ch.-E. CLESSE, *Droit pénal social*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 265 et s. et F. BLOMME et T. MESSIAEN, *Handboek social strafrecht – het nieuwe social strafwetboek*, Gand, Story Publishers, 2010, pp. 352 et s.

(52) Ch.-E. CLESSE, *Droit pénal social*, op. cit., p. 274.

(53) Voy. notamment, Cass., 3 janvier 2012, *Pas.*, 2012, p. 1 et Ch.-E. CLESSE, *Droit pénal social*, op. cit., pp. 281 à 286 et F. BLOMME et T. MESSIAEN, *Handboek sociaal strafrecht*, op. cit., pp. 354 et 355.

(54) Voy. à ce sujet H. VANDERLINDEN, « De rechtspersoon als dader in het sociaal strafrecht », in *De aanpak van sociale fraude, arbeidsuitbuiting en mensenhandel : uitdagingen en oplossingen op nationaal en EU-niveau*, G. VERMEULEN, A. MASSET et D. FLORE (dir.), Bruxelles, la Charte, 2014, pp. 35 à 51.

(55) C.E., arrêt n° 228.813 du 21 octobre 2014. Voy., à ce sujet, N. BRAECKEVELT, A. DE VISSCHER et E. LUTTERS, « Het toegangsrecht : wie mag (niet) meedoen ? », in *Chronique des marchés publics*, C. DE KONINCK et al. (dir.), Bruxelles, EBP, 2015, p. 294.

(56) Art. 900 du Code des sociétés. La notion d'organe de surveillance, qui provient directement de l'article 57.1, *in fine*, de la directive 2014/24/UE, n'est pas inconnue en droit de l'Union. Ainsi, l'article 38 du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne prévoit l'instauration d'un tel organe pour les sociétés européennes ayant une structure dite « dualiste ».

En revanche, la portée de la notion de « personnes qui détiennent un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle » est beaucoup plus difficile à appréhender. Cette formule signifie-t-elle que l'absence de cause d'exclusion doit être vérifiée dans le chef de toute personne qui, à quelque niveau que ce soit, détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle au sein de l'entreprise ? Une telle interprétation serait totalement impraticable. Il nous semble qu'il faudra interpréter ces notions de façon similaire à celles de mandataire ou de préposé en droit pénal social, et considérer que seules les personnes disposant effectivement du pouvoir de faire respecter le droit social et du travail doivent être visées. Il pourrait s'agir, par exemple, d'un responsable de chantier à qui une société étrangère confie la responsabilité d'un chantier en Belgique et qui sera, *de facto*, le « seul maître à bord » durant l'exécution de ce chantier.

2.4 LA CAUSE D'EXCLUSION LIÉE À L'EXISTENCE DETTES FISCALES ET SOCIALES

31. Le motif d'exclusion relatif aux dettes fiscales et sociales, qui existait déjà, occupe une place particulière dans le régime des causes d'exclusion. Il s'agit d'une cause d'exclusion obligatoire, mais soumise à un régime spécifique⁽⁵⁷⁾.

32. Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification de la situation fiscale et sociale des candidats ou soumissionnaires via l'application électronique Télémarc⁽⁵⁸⁾ (ou d'autres applications électroniques équivalentes et accessibles gratuitement dans d'autres États membres) dans les 20 jours suivant la date ultime pour l'introduction des demandes de participation ou des offres. Si la vérification ne peut pas s'opérer en ligne, le pouvoir adjudicateur demande au candidat ou au soumissionnaire une attestation récente de l'autorité compétente justifiant qu'il satisfait à ses obligations.

L'exclusion ne s'applique pas lorsque la dette fiscale ou sociale ne dépasse pas 3.000 EUR, que le candidat détient lui-même une créance à l'égard des pouvoirs publics, ou encore lorsque le candidat bénéficie de délais de paiement qu'il respecte strictement.

33. Le caractère particulier du régime de cette cause d'exclusion consiste en ce qu'une possibilité (unique) de régularisation – dans les cinq jours ouvrables – doit être offerte à l'opérateur économique concerné dans le courant de la procédure de passation. Le régime plus général des mesures correctrices (*cfr supra*) n'est en revanche pas applicable.

2.5 LE CONTRÔLE DE L'EXISTENCE DES MOTIFS D'EXCLUSION EN PRATIQUE

34. Au-dessus des seuils européens, le pouvoir adjudicateur doit désormais imposer l'utilisation par les candidats ou soumissionnaires du « document unique de marché européen » (DUME). Il s'agit d'une déclaration sur l'honneur du candidat ou du soumissionnaire par laquelle celui-ci certifie qu'il ne se trouve pas dans une situation d'exclusion et qu'il répond aux critères de sélection qualitative⁽⁵⁹⁾. Le pouvoir adjudicateur ne vérifiera en principe l'existence de causes d'exclusion que dans le chef de celui à qui il s'apprête à attribuer le marché. La vérification peut cependant avoir lieu plus tôt si cela est nécessaire pour assurer le bon déroulement de la procédure.

Sous les seuils européens, l'on applique un régime de déclaration *implicite* sur l'honneur : le simple fait d'introduire une demande de participation ou une offre constitue une déclaration sur l'honneur que le candidat ou le soumissionnaire ne se trouve pas dans une situation d'exclusion⁽⁶⁰⁾. Le candidat ou le soumissionnaire qui se trouve dans un cas d'exclusion peut faire valoir des mesures correctrices, auquel cas la déclaration implicite sur l'honneur ne porte pas sur les éléments qui ont trait au motif d'exclusion concerné. La déclaration sur l'honneur est vérifiée dans le chef du soumissionnaire à qui on projette d'attribuer le marché.

35. En particulier, chaque candidat ou soumissionnaire est invité à déclarer sur l'honneur qu'il n'a pas violé une quelconque disposition du droit social au cours des trois dernières années, ce qui, au vu de la complexité et de l'étendue de la matière concernée, peut sembler une affirmation présomptueuse.

(57) Art. 68 de la loi du 17 juin 2016 ; art. 62 et 63 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

(58) Le site web gratuit Télémarc (<http://telemarc.belgium.be>) permet aux pouvoirs adjudicateurs d'accéder à différentes sources authentiques d'informations (Banque nationale, TVA, ONSS, BCE et banque de données des entrepreneurs agréés). Les pouvoirs adjudicateurs qui ne bénéficient pas encore d'un accès à cette application doivent le demander pour le 1^{er} mai 2018 au plus tard (art. 126 et 133 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques).

(59) Art. 73 de la loi du 17 juin 2016.

(60) Art. 74 de la loi du 17 juin 2016 et art. 39 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

En pratique, un opérateur économique qui s'est rendu coupable d'une infraction « mineure » du droit social pourrait être tenté de passer celle-ci sous silence afin de ne pas attirer l'attention du pouvoir adjudicateur sur une cause d'exclusion qui serait autrement passée inaperçue.

Deux situations peuvent donc être distinguées, selon que l'opérateur privilégie ou non la transparence.

36. Première hypothèse : l'opérateur économique concerné par une infraction au droit social fait preuve de transparence et fait état de cette infraction. Dans ce cas, pour ne pas être exclu, il doit faire valoir des mesures correctrices.

Quelles sont les mesures correctrices qu'un opérateur pourrait faire valoir ? Les travaux préparatoires précisent qu'il « pourrait notamment s'agir de mesures concernant leur organisation et leur personnel, comme la rupture de toute relation avec des personnes ou des organisations impliquées dans ces agissements, des mesures appropriées de réorganisation du personnel, la mise en œuvre de systèmes de déclaration et de contrôle, la création d'une structure d'audit interne pour assurer le suivi de la conformité et l'adoption de règles internes de responsabilité et de réparation »⁽⁶¹⁾. En droit social, l'on peut penser, plus précisément, à une régularisation des salaires (démontrée par des fiches de paie), à un changement de secrétariat social ou du service de prévention (si ces derniers avaient une responsabilité dans les infractions constatées), à l'acquisition de programmes informatiques de gestion des rémunérations et du temps de travail, à la mise en place de procédures visant à éviter l'emploi d'étrangers sans accès au territoire (check-lists par chantier), etc.⁽⁶²⁾.

Le pouvoir adjudicateur sera appelé à apprécier la pertinence des mesures correctrices mises en

œuvre⁽⁶³⁾. Cet exercice n'est pas évident pour un pouvoir adjudicateur qui n'est pas familier du droit social. Il emporte par ailleurs un risque de violation du principe d'égalité si un mécanisme correcteur est jugé suffisant par un pouvoir adjudicateur, et insuffisant par un autre⁽⁶⁴⁾. Certains auteurs, comme le professeur Arrowsmith, plaident dès lors pour l'instauration d'une autorité centrale qui serait chargée de l'appréciation de la qualité des mesures correctrices⁽⁶⁵⁾.

37. Seconde hypothèse : l'opérateur économique – sciemment ou non – ne fait pas état d'une violation du droit social dont il s'est pourtant rendu coupable.

À cet égard, le fait pour l'opérateur de faire une fausse déclaration ou de cacher des informations est en soi un motif d'exclusion facultative⁽⁶⁶⁾.

Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur peut prouver une violation « par tout moyen approprié »⁽⁶⁷⁾. Quel pourrait être ce moyen en ce qui concerne le droit social ? L'article 59 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 prévoit que le pouvoir adjudicateur peut, si cela est nécessaire pour assurer le bon déroulement de la procédure, et lorsqu'il a des doutes sur la situation personnelle des candidats ou soumissionnaires malgré les informations dont il dispose, s'adresser aux autorités compétentes belges ou étrangères pour obtenir les informations qu'il estime nécessaires à ce propos.

L'on pourrait à cet égard imaginer qu'un pouvoir adjudicateur demande un extrait de casier judiciaire, une déclaration de la direction des amendes administratives du SPF Emploi (DIRAME)⁽⁶⁸⁾, voire une déclaration de l'inspection sociale⁽⁶⁹⁾.

La sélection qualitative est une étape importante en termes de lutte contre le dumping social. À certains motifs d'exclusion relativement simples à contrôler (comme l'existence de dettes sociales) sont venues s'ajouter des causes d'exclusion plus larges,

(61) Projet de loi relatif aux marchés publics du 4 janvier 2016, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2015-2016, n° 54-1541/1, p. 124.

(62) S. VAN GARSSSE et S. DE MARS, « Exclusion and self-cleaning in the 2014 public sector directive », *op. cit.*, p. 133.

(63) S'agissant d'un motif d'exclusion facultative, le pouvoir adjudicateur peut également motiver les raisons pour lesquelles, au regard de la gravité du manquement et eu égard au principe de proportionnalité, il ne convient pas d'exclure le soumissionnaire.

(64) S. VAN GARSSSE et S. DE MARS, « Exclusion and self-cleaning in the 2014 public sector directive », *op. cit.*, p. 134.

(65) *Ibid.*, p. 135 et les réf. citées.

(66) Art. 69, 8°, de la loi du 17 juin 2016.

(67) Art. 69, 1°, de la loi du 17 juin 2016.

(68) J.-F. JAMINET, « Debout ! Les adjudicateurs ! Du dumping, faisons table rase », *op. cit.*, p. 327. Nous avons contacté ce service – constitué au sein de la DG Emploi et marché du travail du SPF – qui nous a confirmé qu'il délivre déjà de telles attestations. L'absence de notification écrite en exécution de l'article 49/2 du Code pénal social est attestée par l'inspection sociale, plus précisément le Contrôle des lois sociales.

(69) L'on peut cependant se demander si le fait de prononcer l'exclusion sur la base d'un simple PV n'est pas contraire à la présomption d'innocence. Dans une décision *Arac contre Turquie*, la Cour eur. D.H. semble avoir exclu l'application de ce principe dans le cadre de la passation de marchés publics (Cour eur. D.H., 22 juin 2004, décision sur la recevabilité de la requête n° 69037/01). Néanmoins, il paraît recommandé que le pouvoir adjudicateur fonde sa décision d'exclusion sur la base de condamnations prononcées par des acteurs spécialisés (le juge/DIRAME), lesquels se seront prononcés sur la culpabilité au regard d'un dossier complet et en tenant compte des arguments de l'intéressé.

comme le non-respect, démontré « par tout moyen approprié », du droit social (au sens étendu que nous recommandons de conférer à cette notion). Le contrôle à opérer par le pouvoir adjudicateur est devenu d'autant plus complexe qu'il concerne aussi, dans certains cas, les dirigeants de l'entreprise concernée. En outre, ce contrôle ne porte pas seulement sur l'existence du motif d'exclusion, mais aussi sur le caractère suffisant ou non des mesures correctrices éventuellement vantées par un soumissionnaire.

3. La lutte contre le dumping social au stade de l'analyse des offres

38. Au stade de l'examen des offres, c'est-à-dire après que la sélection qualitative a eu lieu, le pouvoir adjudicateur peut lutter contre le dumping social en écartant les offres irrégulières (3.1) et en comparant les offres régulières au regard de critères d'attribution à caractère social (3.2).

3.1 RÉGULARITÉ DES OFFRES

39. La régularité des offres des candidats qui n'ont pas été d'emblée écartés peut être appréciée au regard du respect du droit social (3.1.1) et du contrôle des prix anormalement bas (3.1.2). La question se pose néanmoins de savoir quelles sont concrètement les infractions au droit social que le pouvoir adjudicateur est réellement en mesure de détecter à la lecture des offres (3.1.3).

3.1.1 Respect du droit social

40. Nous avons vu ci-dessus qu'il existe, au stade de la sélection qualitative, un motif d'exclusion facultative lié au non-respect du droit social. L'on vise par-là les infractions au droit social qu'un opérateur économique aurait commises avant la remise de son offre, et donc indépendamment du contenu de cette dernière.

La nouvelle loi ne s'arrête pas là. Elle prévoit également l'exclusion d'une offre qui viole le droit social⁽⁷⁰⁾. Cette exclusion est obligatoire lorsque le non-respect de l'obligation concernée est sanctionné pénalement⁽⁷¹⁾ ; elle est facultative lorsque celle-ci n'est pas pénalement sanctionnée.

Le législateur européen n'avait quant à lui prévu qu'une exclusion facultative⁽⁷²⁾. La loi belge va donc au-delà, en supprimant toute marge de manœuvre dans le chef du pouvoir adjudicateur lorsque la norme violée est pénalement sanctionnée.

41. Ce critère nous semble pertinent puisqu'il a pour avantage de mettre les entreprises « locales » et celles qui détachent du personnel depuis un pays étranger sur un pied d'égalité. En effet, les employeurs qui détachent des travailleurs sont tenus « de respecter, pour les prestations de travail qui y sont effectuées, les conditions de travail, de rémunérations et d'emploi qui sont prévues par des dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles, sanctionnées pénalement »⁽⁷³⁾. La réglementation des marchés publics et celle relative au détachement transfrontalier sont donc cohérentes.

42. Le Guide de la Chancellerie du premier ministre relatif à la lutte contre le dumping social dans les marchés publics précise que les infractions assorties d'une sanction de niveau 1 ne sont pas visées par la cause précitée d'irrégularité de l'offre. En effet, dans le Code pénal social, les infractions de niveau 1 ne donnent pas lieu à des poursuites pénales mais peuvent uniquement faire l'objet de poursuites administratives aboutissant à l'infliction d'une amende administrative.

Bien qu'elle puisse paraître évidente au premier abord, cette interprétation pose question. En effet, certains ont déjà avancé que les termes « sanctionnés pénalement » doivent recevoir une interprétation inverse dans le cadre de la loi du 5 mars 2002 concernant les conditions de travail, de rémunération et d'emploi en cas de détachement de travailleurs en Belgique et le respect de celles-ci. On vient de le rappeler, cette loi prévoit en son article 5 que les employeurs qui détachent des travailleurs en Belgique sont tenus de respecter les conditions de rémunération et de travail fixées par des normes « sanctionnées pénalement ». Certains considèrent que ce terme vise également les normes assorties d'une sanction de niveau 1. En effet, selon ces derniers, les sanctions administratives prévues par le Code pénal social peuvent être considérées comme des sanctions de nature pénale. Les normes dont ces sanctions assurent le respect seraient donc « pénalement sanctionnées » au sens de la loi du 5 mars 2002⁽⁷⁴⁾.

(70) Art. 66, § 1^{er}, al. 2, de la loi du 17 juin 2016.

(71) L'article 76, § 1^{er}, alinéa 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 confirme que le non-respect du droit social ou du travail pénalement sanctionné constitue une irrégularité « substantielle ».

(72) Art. 56, § 1^{er}, dernier al., de la directive 2014/24/UE.

(73) Art. 5 de la loi du 5 mars 2002 concernant les conditions de travail, de rémunération et d'emploi en cas de détachement de travailleurs en Belgique et le respect de celles-ci, *M.B.*, 13 mars 2002.

(74) L. ELIAERTS, *Terbeschikkingstelling van werknemers in uitzendarbeid*, op. cit., p. 557 ; CNT, avis n° 1562 du 18 juillet 2006, p. 11 ; CNT, avis n° 1704 du 7 octobre 2009, p. 14.

À notre connaissance, la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur la question de savoir si la notion de normes « pénalement sanctionnées » dans la loi du 5 mars 2002 vise uniquement les normes qui sont assorties de sanctions qualifiées de pénales par le législateur belge ou l'ensemble des normes assorties de sanctions qualifiées de « nature pénale » (en vue d'y appliquer l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le principe *non bis in idem*) et les travaux parlementaires ne permettent pas de trancher cette question avec certitude⁽⁷⁵⁾⁻⁽⁷⁶⁾. Si l'on devait considérer que l'ensemble des sanctions « de nature pénale » sont visées par la loi du 5 mars 2002, nous n'apercevons pas de raison permettant de considérer que les termes « pénalement sanctionné » devraient être interprétés autrement dans le cadre de la loi du 17 juin 2016. Dans ce cas, il nous semble que les normes assorties de sanctions de niveau 1 dans le Code pénal social devraient être considérées comme « pénalement sanctionnées » pour l'application des causes d'exclusion prévues par la loi du 17 juin 2016.

43. En ce qui concerne les infractions qui ne sont pas pénalement sanctionnées, le pouvoir adjudicateur peut rejeter l'offre, mais dans le respect du principe de proportionnalité. S'agissant d'une question de régularité de l'offre, le pouvoir adjudicateur devra inscrire sa motivation dans le cadre de la distinction entre les irrégularités substantielles (qui emportent la nullité de l'offre) et les irrégularités non substantielles (qui n'emportent pas la nullité de l'offre)⁽⁷⁷⁾. L'offre sera affectée d'une irrégularité substantielle lorsque l'infraction

au droit social (ou la combinaison de plusieurs infractions) donne un avantage discriminatoire au soumissionnaire, entraîne une distorsion de concurrence, empêche l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou est de nature à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues⁽⁷⁸⁾.

3.1.2 Prix anormalement bas

44. Le pouvoir adjudicateur doit procéder à une vérification des prix ou des coûts de l'offre et, en cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés, il doit procéder à un examen de ces prix et de ces coûts⁽⁷⁹⁾.

En cas d'apparence d'anormalité d'un prix ou d'un coût, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire concerné à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal⁽⁸⁰⁾. Le pouvoir adjudicateur apprécie les justifications reçues et, le cas échéant, écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée.

45. Plusieurs aspects du contrôle des prix anormaux ont été fondamentalement remaniés dans la nouvelle réglementation.

En particulier, en vue de lutter contre le dumping social, le régime spécifique qui était applicable aux marchés de travaux attribués sur la base du seul critère prix (présomption d'anormalité en cas de prix s'écartant de 15 % par rapport à la moyenne des offres) est étendu aux services dans les secteurs dits « sensibles à la fraude »⁽⁸¹⁾ (nettoyage,

(75) Voy, parmi bien d'autres, au sujet de la distinction entre sanction pénale au sens strict et sanction de nature pénale (ou sanction à caractère pénal) : I. FICHER et H. DASNOY, « Les sanctions dans le domaine de la sécurité sociale : vue d'ensemble et questions d'actualité », in *Questions transversales en matière de sécurité sociale* (dir. D. DUMONT), Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 162 et s. ; M. DE RUE, « La flexibilité des sanctions en droit pénal social », in *La flexibilité des sanctions* (dir. D. KAMINSKI), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 350-351.

(76) À cet égard, I. FICHER et H. DASNOY « Les sanctions dans le domaine de la sécurité sociale : vue d'ensemble et questions d'actualité », (*op. cit.*, p. 161) rappellent ce qui suit : « De manière on ne peut plus claire, la Cour de cassation a ainsi rappelé que le fait qu'une sanction soit qualifiée de pénale au sens d'une disposition supranationale (22) "n'a pas pour conséquence que les mesures litigieuses revêtent un caractère répressif au sens du Code pénal belge et, partant, sont soumises à l'application des règles générales du droit pénal belge et du droit de procédure pénale belge" » (Cass., 29 mars 2010, *J.T.T.*, 2010, p. 226). À notre sens l'on pourrait considérer que le fait qu'une norme soit qualifiée de pénale au sens d'une disposition supranationale n'implique pas qu'elle puisse être considérée comme pénalement sanctionnée au sens du droit interne (qui comprend la loi du 5 mars 2002). Dans le cadre limité de cette contribution nous n'approfondirons pas cette question, qui nous semble mériter de plus amples développements.

(77) Art. 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

(78) En procédure négociée, une possibilité de régularisation peut (sous les seuils européens), voire doit (au-dessus des seuils), être offerte au soumissionnaire concerné (art. 76, §§ 4 et 5, de l'arrêté royal du 18 avril 2017).

(79) Art. 33 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

(80) Les justifications concernent notamment :

1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services ;
2° les solutions techniques choisies ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services ;
3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire ;
4° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

(81) Art. 36, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

gardiennage, etc.⁽⁸²⁾), ainsi qu'aux marchés où la pondération du prix représente au moins 50 % (dans ce dernier cas, le pouvoir adjudicateur peut prévoir un pourcentage plus élevé que 15 % comme seuil de présomption d'anormalité).

En outre, le pouvoir adjudicateur a l'obligation, lorsqu'il invite un soumissionnaire à justifier son prix, de systématiquement demander la preuve du respect des règles en matière de droit environnemental, de droit social et de droit du travail. Le Guide précise que doivent à cet égard être vérifiés le caractère correct du calcul des coûts salariaux, le paiement des cotisations sociales et l'existence d'un plan global de prévention (lorsqu'il en faut un en vertu du Code du bien-être au travail).

De plus, le pouvoir adjudicateur doit écarter l'offre si son montant total est anormalement bas parce qu'elle contrevient aux obligations en matière de droit social ou du travail. On ne distingue pas, ici, entre le droit social pénalement sanctionné ou non, de sorte que cette cause d'écartement de l'offre est plus sévère que celle déjà épinglée ci-dessus.

Enfin, le pouvoir adjudicateur doit, dans certaines hypothèses, informer les autorités compétentes⁽⁸³⁾ :

- l'auditeur général de l'Autorité belge de la concurrence lorsqu'une offre est écartée sur la base d'un prix ou d'un coût anormal ;
- le Service d'information et de recherche sociale, lorsqu'une offre est rejetée suite au constat qu'elle est anormalement basse parce qu'elle ne satisfait pas aux obligations visées à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi, dans le domaine du droit social fédéral ou du droit du travail fédéral ;
- la Commission européenne lorsqu'une offre est rejetée suite à la constatation qu'elle est anormalement basse du fait d'une aide d'État non compatible avec le marché intérieur ;
- la Commission d'agrégation des entrepreneurs lorsqu'une offre faite dans le cadre d'un marché public de travaux est rejetée sur la base du caractère anormalement bas du prix ou du coût.

46. Ce nouveau régime risque de créer un certain inconfort de part et d'autre.

De son côté, le soumissionnaire est invité à justifier son prix – ce qui est déjà une opération délicate en temps normal –, mais il doit par la même occasion justifier du respect du droit social. Selon toute vraisemblance, la réponse du soumissionnaire sur ce point sera incomplète ou stéréotypée, compte tenu de l'ampleur de la tâche.

Pour sa part, le pouvoir adjudicateur est amené à se prononcer sur le respect ou non du droit social – ce qui n'est pas toujours aisé – et à constater en outre un lien de causalité entre une éventuelle infraction et le prix apparemment anormal proposé par le soumissionnaire : il s'agit d'une mission très complexe...

Les problématiques de prix anormaux forment déjà une partie significative du contentieux de la passation des marchés publics. Au regard de difficultés précitées, cette tendance risque de s'alourdir.

47. Remarquons que pour que le régime ci-dessus soit mis en œuvre, il faut d'abord que le pouvoir adjudicateur constate un prix apparemment anormal. Cela signifie que le soumissionnaire qui réduit fortement ses coûts salariaux sans diminuer ses prix (donc en augmentant sa marge) est à l'abri de toute investigation dans le cadre du contrôle des prix, à tout le moins au stade de la passation des marchés publics⁽⁸⁴⁾.

3.1.3 Quelles infractions au droit social le pouvoir adjudicateur est-il en mesure de détecter ?

48. La question qui se pose au regard du nouveau dispositif d'exclusion mis en place par la loi du 17 juin 2016 est de savoir quelles violations du droit social un pouvoir adjudicateur pourra détecter au stade de l'analyse des offres et des justifications de prix.

Afin de répondre à cette question, nous avons pris comme point de départ une liste des infractions considérées comme caractéristiques du dumping social par la Confédération Construction⁽⁸⁵⁾, par la direction générale du Contrôle des lois sociales du SPF Emploi⁽⁸⁶⁾ et par une récente analyse d'Alain Uyttenhove, Neil Braeckeveld et Evelien

(82) Il s'agit des activités visées à l'article 35/1 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs qui relèvent du champ d'application de la responsabilité solidaire pour les dettes salariales (art. 2, 13°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017).

(83) Art. 36, § 5, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

(84) Sur la phase de l'exécution du marché, voy. la contribution de Charles-Eric Clesse et Kevin Munungu dans ce numéro.

(85) Voy. la position publique de la Confédération via le lien suivant : <http://www.confederationconstruction.be/Portals/0/documenten/Notes%20politiques/Dumping%20et%20fraude%20sociale%20-%20argumentaire%20et%20position%20de%20la%20Conf%C3%A9d%C3%A9ration.pdf>.

(86) Direction générale du contrôle des lois sociales, *Rapport d'activité 2015*, SPF Emploi, Bruxelles, 2017, pp. 120 et s.

Vanhauter⁽⁸⁷⁾. Dans le cadre limité de la présente contribution, nous examinons ci-dessous trois exemples d'infractions qui peuvent à notre avis être détectées dans l'offre (a), et trois exemples d'infractions qui ne le peuvent pas (b). Même s'il faudrait réaliser une très longue analyse des nombreuses infractions en droit social pour dresser une liste exhaustive des infractions qu'il est possible de détecter dans l'offre, nous pensons que celles-ci sont peu nombreuses. En effet, il est particulièrement malaisé de détecter une infraction de façon anticipative dans une offre, alors même que le travail (c.-à-d. la réalisation du marché public) n'a pas encore commencé.

3.1.3.1. Infractions détectables au stade de l'analyse de l'offre

Non-respect du salaire minimum applicable

49. Le Guide ne donne qu'un seul exemple d'infraction qu'un pouvoir adjudicateur pourrait détecter au stade de l'analyse de l'offre et des justifications de prix, à savoir le non-respect des salaires minimum fixés au niveau sectoriel⁽⁸⁸⁾.

À cet égard, le Guide précise ce qui suit :

« Les salaires minimums dépendent du secteur (commission paritaire) ainsi que de la fonction à accomplir. Cependant, il s'avère souvent sans analyse détaillée qu'un problème se pose au niveau du salaire horaire. Supposons, par exemple, qu'un soumissionnaire mentionne dans une offre un salaire horaire de 13 euros par heure prestée pour des activités dans le secteur de la construction. Il peut en être déduit que toutes les obligations ne peuvent pas être remplies puisque le salaire minimum absolu dans le secteur de la construction s'élève (...) à environ 14 euros. Il s'agit d'une violation sanctionnée pénalement (voir article 162 du Code pénal social) ».

À la lecture de cet extrait, la vérification du respect des salaires minimum par un pouvoir adjudicateur semble relativement aisée : il suffit de comparer les rémunérations minimales fixées par le secteur avec la rémunération horaire ou mensuelle des travailleurs concernés pour détecter un éventuel manquement⁽⁸⁹⁾.

50. Mais dans les faits, en dehors des cas flagrants dans lesquels la rémunération serait bien inférieure au barème le moins élevé du secteur concerné, la vérification du respect des rémunérations minimales ne sera pas chose aisée. Dans la pratique, les commissions paritaires de travail ne fixent en effet pas une rémunération minimum unique mais bien des rémunérations minimales qui varient selon la fonction occupée par le travailleur, son ancienneté ou encore de ses qualifications. Pour connaître la rémunération applicable à un travailleur donné, il faut donc appliquer les classifications de fonctions fixées par les conventions collectives de travail applicables, de façon à déterminer quel barème se rapporte à la fonction du travailleur. Cet exercice est loin d'être facile⁽⁹⁰⁾. Par exemple, les ouvriers actifs dans le secteur de la construction sont répartis en neuf catégories, qui varient essentiellement selon le niveau de formation et les tâches confiées à l'ouvrier⁽⁹¹⁾.

51. La vérification du respect des salaires minimum sera encore compliquée par le fait que, en dehors de l'hypothèse d'un prix apparemment anormalement bas, qui donne lieu à une demande de justification, un soumissionnaire n'est en principe pas amené à détailler dans son offre la rémunération qu'il applique à ses travailleurs. Tout au plus le soumissionnaire mentionnera-t-il un coût par heure et/ou par journée de travail. Le pouvoir adjudicateur peut certes demander au soumissionnaire concerné de produire des fiches de rémunération (à supposer que les travailleurs en question soient déjà en service)⁽⁹²⁾, mais – sauf à demander systématiquement ces documents dans

(87) A. UYTENHOVE, N. BRAECKEVELT et E. VANHAUTER, « Sociaal- en arbeidsrechtelijke implicaties bij gunning en uitvoering van overheidsopdrachten », in *Chronique des marchés publics*, C. DE KONINCK et al. (dir.), Bruxelles, EBP, 2017, pp. 1048 à 1060.

(88) Guide, p. 6.

(89) Les barèmes applicables dans chaque secteur peuvent être consultés sur <https://www.minimumlonen.be/index.html>.

(90) Voy., pour une typologie des classifications de fonctions mobilisées par les commissions paritaires et pour une analyse approfondie des nombreuses difficultés d'interprétation et d'application de ces classifications : E. PIET, « La fixation de la rémunération », *Guide social permanent. Tome 5 – Commentaire droit du travail* (f. mob.), Partie II, Livre II, Titre I, Chap. II.1, Waterloo, Kluwer, 13 juin 2013, n°s 1150 à 1670.

(91) Convention collective de travail du 12 juin 2014 relative aux catégories d'ouvriers conclue au sein de la Commission paritaire n° 124 pour la construction et enregistrée sous le n° 123.570, rendue obligatoire par arrêté royal du 10 avril 2015, M.B., 29 avril 2015. L'interprétation de ces classifications de fonctions peut faire l'objet de litiges complexes. Voy., par exemple, sur la notion de « chef d'équipe », C. trav. Bruxelles, 22 octobre 2012, R.G. n° 2011/AB/1.016, www.terralaboris.be.

(92) L'article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016 permet au pouvoir adjudicateur de demander des compléments d'information lorsque les informations ou documents fournis sont ou semblent incomplets ou erronés ou lorsque certains documents sont manquants.

le cahier des charges⁽⁹³⁾ – il faudra d’abord que le pouvoir adjudicateur puisse soupçonner que le soumissionnaire concerné ne respecte pas les barèmes sectoriels au regard des prix mentionnés dans l’offre. Pour certaines catégories de travailleurs, comme les travailleurs détachés, cette tâche est particulièrement ardue, car le prix mentionné dans l’offre inclura les cotisations de sécurité sociale qui sont dues dans le pays à partir duquel le travailleur a été détaché (pays d’envoi). Dans le secteur de la construction, la Confédération Construction a voulu permettre aux maîtres d’ouvrage de connaître « les coûts salariaux minimums » qu’une entreprise qui détache du personnel en Belgique doit exposer pour être en règle. À cette fin, la Confédération a prévu d’élaborer des tableaux reprenant « tous les détails des éléments constitutifs des coûts salariaux pour trois catégories de travailleurs différentes (selon les barèmes de la CP 124) », étant entendu que « cet exercice se fera pour les 10 États membres où les coûts salariaux sont bas et qui envoient le plus grand nombre de travailleurs détachés en Belgique »⁽⁹⁴⁾. Un tel exercice n’a pas encore été réalisé, à notre connaissance, dans les autres secteurs d’activité.

52. Enfin, même lorsque l’on connaît le barème applicable à un travailleur donné, encore faut-il déterminer quels avantages doivent entrer en ligne de compte pour déterminer si la rémunération minimale a été respectée⁽⁹⁵⁾. À cet égard, il n’est pas rare que des entreprises peu scrupuleuses tentent de faire passer des remboursements de frais incombant à l’employeur (par exemple, des *per diem* couvrant les frais de voyage et de séjour liés au détachement) comme de la rémunération, afin de faire croire à l’inspection qu’elles respectent les barèmes applicables⁽⁹⁶⁾. Les pouvoirs adjudicateurs

seront très probablement confrontés à des fraudes similaires.

53. Au vu de ce qui précède, la vérification du respect des rémunérations minimales est possible à réaliser au stade de l’offre, mais il s’agit d’une opération beaucoup plus délicate (et chronophage) que l’on pourrait le penser au premier abord.

Agrément des bureaux de travail intérimaire

54. En ce qui concerne le travail intérimaire, la Confédération Construction dénonce « (l)a mise à disposition de main-d’œuvre par des opérateurs économiques qui se présentent comme des entreprises de travail intérimaire dans leur pays (ce qu’elles peuvent être par ailleurs) mais qui ne sont pas agréées en Belgique pour effectuer des opérations de placement en tant qu’agence de travail intérimaire ». Selon la Confédération Construction, « (c)es entreprises ne vérifient pas si les conditions de placement imposées par la réglementation belge (notamment les cas dans lesquels le travail intérimaire est autorisé) sont respectées et elles pratiquent des prix qui ne tiennent pas compte des obligations du droit du travail en vigueur en Belgique »⁽⁹⁷⁾.

55. La loi du 17 juin 2016 nous semble offrir un cadre adéquat pour lutter contre ces pratiques.

En effet, les agences intérimaires actives en Belgique doivent disposer d’une autorisation par la région compétente, qui prend, le plus souvent, la forme d’un agrément⁽⁹⁸⁾. Cette exigence est également applicable aux entreprises de travail intérimaire basées dans d’autres États membres de l’Union européenne⁽⁹⁹⁾. Les décrets et ordonnance régionaux applicables prévoient systématiquement que des sanctions pénales peuvent être infligées

(93) Ce type de démarche nous semble indiqué uniquement lorsque le pouvoir adjudicateur dispose des moyens (en personnel et en expertise) pour analyser rigoureusement ces informations. Notons que, en principe, les fiches de paie devront être anonymisées, sous peine de violer le règlement n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l’égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (RGPD).

(94) Confédération Construction, *Les résultats de la table ronde contre le dumping social dans la construction : 40 mesures pour une concurrence loyale*, 21 septembre 2015, p. 4, disponible en ligne via <https://www.confederatiebouw.be/fr-be/actual/dumpingsocial.aspx>.

(95) Voy. sur cette question : E. PIRET, « La fixation de la rémunération », *op. cit.*, n° 2160.

(96) Direction générale du contrôle des lois sociales, *Rapport d’activité 2015*, SPF Emploi, Bruxelles, 2017, p. 121.

(97) Confédération Construction, *Les résultats de la table ronde contre le dumping social dans la construction*, *op. cit.*, p. 5.

(98) Région flamande : décret du 10 décembre 2010 relatif au placement privé, *M.B.*, 29 décembre 2010, art. 9 à 13. Région wallonne : décret du 3 avril 2009 relatif à l’enregistrement ou à l’agrément des agences de placement, *M.B.*, 5 mai 2009, art. 4 à 9 ; Région de Bruxelles-Capitale : ordonnance du 14 juillet 2011 relative à la gestion mixte du marché de l’emploi dans la Région de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 10 août 2011, art. 8 à 11 ; Communauté germanophone : décret du 11 mai 2009 relatif à l’agrément des agences de travail intérimaire et à la surveillance des agences de placement privées, *M.B.*, 13 juillet 2009, art. 4 à 10. Voy. au sujet des normes bruxelloises en la matière, D. DUMONT, avec la collaboration de N. VAN LEUVEN, « Le droit bruxellois de l’emploi et de la formation professionnelle en mouvement : de la création de la Région à la veille de la sixième réforme de l’État », *Le droit bruxellois. Un bilan après 25 ans d’application (1989-2014)* (P.-O. DE BROUX, B. LOMBAERT et D. YERNAULT, dir.), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 1257-1366.

(99) La plupart des textes précités prévoient un assouplissement des conditions d’agrément pour les entreprises établies sur le territoire de l’Union, en leur permettant de démontrer qu’elles remplissent des conditions d’agrément équivalentes dans leur pays d’établissement. Voy. par exemple, l’article 6 du décret de la Région wallonne.

aux utilisateurs qui occupent des travailleurs mis à disposition par des entreprises ne disposant pas de l'agrément nécessaire pour exercer des activités d'agence intérimaire. On l'a vu, les dispositions en cause constituent à notre sens bien des dispositions du droit social et du travail, de surcroît sanctionnées pénalement (*cf. supra*, n° 42). La méconnaissance de ces dispositions doit donc mener à l'irrégularité de l'offre.

Or, le respect des dispositions en matière d'agrément des entreprises de travail intérimaire peut, en pratique, être vérifié assez aisément au stade de l'analyse des offres : lorsqu'un prestataire doit faire appel à des travailleurs intérimaires, il peut être amené à mentionner l'entreprise de travail intérimaire à laquelle il entend faire appel, notamment pour justifier son aptitude à exécuter le marché⁽¹⁰⁰⁾. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur pourrait vérifier si l'entreprise intérimaire mentionnée dans l'offre bénéficie bien d'un agrément ou d'une dispense d'obtenir un tel agrément. Le plus souvent, cette vérification peut être réalisée en ligne, sur le site des collectivités concernées, qui publient une liste des entreprises intérimaires agréées⁽¹⁰¹⁾.

Réglemmentation en matière de bien-être au travail

56. L'article 127 du Code pénal social prévoit que l'employeur, son préposé ou son mandataire qui a enfreint les dispositions de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail et de ses arrêtés d'exécution⁽¹⁰²⁾ – désormais codifiées, pour la plupart, dans le Code du bien-être au travail – est puni d'une sanction de niveau 3. Toute infraction

de l'offre aux règles applicables en matière de bien-être au travail constitue donc un motif d'écartement obligatoire de l'offre, puisqu'il s'agit de dispositifs dont le non-respect est sanctionné pénalement.

57. Il nous semble possible, dans certaines circonstances, de détecter dans l'offre d'un soumissionnaire des infractions en matière de bien-être au travail.

Ainsi, pour la très grande majorité des marchés publics de travaux, l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles sera d'application⁽¹⁰³⁾. Cet arrêté s'applique principalement aux chantiers de construction impliquant plusieurs entrepreneurs⁽¹⁰⁴⁾.

En vertu de l'article 30 de l'arrêté, les entrepreneurs sont tenus d'annexer à leurs offres un document qui réfère au plan de sécurité et de santé applicable au chantier et dans lequel ils décrivent la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte de ce plan de sécurité et de santé, ainsi qu'un calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par ce plan⁽¹⁰⁵⁾.

Néanmoins, dans le cadre des marchés publics, le soumissionnaire n'est tenu d'annexer les informations relatives audit plan que si le coordinateur-projet⁽¹⁰⁶⁾ justifie que la demande de ce plan ou du calcul précité est nécessaire afin que les mesures déterminées dans le plan puissent effectivement être appliquées et pour autant qu'il précise les éléments pour lesquels ce document ou ce calcul de prix est nécessaire.

Dans cette hypothèse, le pouvoir adjudicateur sera en mesure de déterminer si les mesures décrites par le soumissionnaire sont conformes aux prescriptions de loi du 4 août 1996 relative au

(100) Art. 78 de la loi du 17 juin 2016.

(101) Voy., par exemple, en Région wallonne, http://emploi.wallonie.be/files/PublicationsDEI/AGR_PUBL_EMPLOI_PLAC.XML, en Région flamande, <https://www.werk.be/online-diensten/bureaus-private-arbeidsbemiddeling/erkenning-van-uitzendbureaus/lijsten-erkende-bureaus> et en Région Bruxelles-Capitale http://werk-economie-emploi.brussels/fr_FR/agences-d-emploi-privées.

(102) Loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs, *M.B.*, 18 septembre 1996. La quasi-totalité des arrêtés d'exécution de cette loi sont désormais repris dans le Code du bien-être au travail (*M.B.*, 2 juin 2017). Voy à ce sujet D. CUYPERS et A. VAN REGENMORTEL, « Naar een codificatie van het Belgische arbeidsrecht ? », *R.D.S.*, 2017/1, pp. 167 à 178.

(103) Arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles, *M.B.*, 7 février 2001. Voy. notamment à ce sujet F. DELOBBE, « Le coordinateur sécurité – chantier », in *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, Liège, CUP, vol. 63, mai 2003, pp. 160 et s. ; K. DEKETELAERE, M. SCHOUPS et A.-L. VERBEKE, *Handboek Bouwrecht*, Anvers, Intersentia, 2013, pp. 1368 et s. ; F. BURSENS et L. DE SMIJTER, « Veiligheid op de werf en preventie », *T.B.O.*, 2015/6, pp. 354 à 367.

(104) Art. 2 et 4 septiesdecies de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 précité. Nous n'entrons pas ici dans les nombreuses nuances qu'il y a lieu d'établir en ce qui concerne le champ d'application de cet arrêté, qui contient des sections spécifiquement applicables aux chantiers d'une superficie de moins de 500 m², de plus de 500 m², impliquant un seul entrepreneur, etc. À cet égard, voy. K. DEKETELAERE, M. SCHOUPS et A.-L. VERBEKE, *Handboek Bouwrecht*, *op. cit.*, pp. 1371 à 1374.

(105) Ce plan contient les mesures de prévention des risques, déterminées sur la base d'analyses de risques, auxquels les travailleurs peuvent être exposés dans le cadre du chantier (art. 3, 6°, de l'arrêté royal du 25 janvier 2002 précité). À ce sujet : F. BURSENS et L. DE SMIJTER, « Veiligheid op de werf en preventie », *op. cit.*, p. 362.

(106) Il s'agit du coordinateur en matière de sécurité et de santé pendant l'élaboration du projet de l'ouvrage qui doit être désigné en vertu de l'arrêté royal du 25 janvier 2002 précité (voy. l'article 3, 3° pour une définition). En pratique, il s'agit souvent de l'architecte.

bien-être des travailleurs et du Code du bien-être au travail (absence d'équipements de protection individuels obligatoires, stockage inadéquat de substances explosives/inflammables, etc.).

3.1.3.2. Infractions indétectables au stade de l'offre

Fausse indépendance

58. La fausse indépendance est une des formes de fraude sociale les plus largement décrites⁽¹⁰⁷⁾. Cette pratique consiste à faire travailler des prestataires sous le statut d'indépendant alors qu'en réalité, ils se trouvent dans un lien de subordination à l'égard de leur cocontractant qui exerce une autorité à leur égard⁽¹⁰⁸⁾. Les faux indépendants et leurs employeurs échappent donc indûment à l'ensemble des règles applicables au contrat de travail.

59. De telles pratiques ne peuvent pas être détectées par les pouvoirs adjudicateurs lors de l'analyse des offres.

En effet, la loi-programme du 27 décembre 2006, qui fixe les principes permettant de déterminer la nature d'une relation (indépendant ou salarié) fixe le principe selon lequel « les parties choisissent librement la nature de leur relation de travail, dont l'exécution effective doit être en concordance avec la nature de la relation » et précise que « la priorité est à donner à la qualification qui se révèle de l'exercice effectif si celle-ci exclut la qualification juridique choisie par les parties »⁽¹⁰⁹⁾.

Il ressort de cette disposition que, pour renverser la qualification choisie par les parties, il faut analyser la manière dont le contrat concerné est exécuté, et constater que l'exécution du contrat est incompatible avec ladite qualification. Nous

n'apercevons pas comment un pouvoir adjudicateur pourrait effectuer une telle analyse factuelle uniquement sur la base des offres remises.

Il est vrai que, conformément à l'article 337/1 de la loi-programme du 27 décembre 2006, le Roi a adopté des arrêtés fixant des critères permettant de présumer l'existence d'un contrat de travail dans certains secteurs dits à risques, comme la construction ou le transport⁽¹¹⁰⁾. Un pouvoir adjudicateur ne sera néanmoins pas davantage en mesure d'appliquer ces critères au stade de l'analyse des offres, car ces critères supposent d'analyser comment les parties collaborent dans la pratique.

Fraude en matière de détachement

60. Lorsqu'un travailleur est détaché temporairement par son employeur établi dans un État membre de l'Union européenne (l'État membre d'origine) afin de fournir des services sur le territoire d'un autre État membre (l'État membre d'accueil), le travailleur reste, en règle générale, assujéti à la sécurité sociale de l'État membre d'origine, tandis que seul un « noyau dur » de dispositions de droit du travail de l'État membre d'accueil lui sera applicable⁽¹¹¹⁾.

En matière de sécurité sociale, ce système est particulièrement intéressant pour les entreprises établies dans des États membres ayant fixé des cotisations sociales (nettement) inférieures à celles qui sont prévues en Belgique, et qui détachent des travailleurs pour fournir des services en Belgique.

61. Une des fraudes fréquemment rencontrées en matière de détachement est l'usage d'une société « boîte au lettre »⁽¹¹²⁾. L'article 12 du règlement européen n° 883/2004 prévoit, parmi d'autres

(107) La lutte contre la fausse indépendance figure toujours en bonne place dans les plans d'action de lutte contre le dumping social et la fraude sociale des secrétaires d'État à la lutte contre la fraude sociale. Par exemple, pour 2018, ce plan précise que « cette année, les priorités seront mises sur le dumping social international, les faux indépendants et la politique des grandes villes » (*Plan d'action de lutte contre la fraude sociale 2018*, p. 2, disponible en ligne sur www.philippedebacker.be). Voy., également, Confédération Construction, *Les résultats de la table ronde contre le dumping social dans la construction*, op. cit., p. 5.

(108) Sur ce sujet, voy. notamment S. GILSON (dir.), *Subordination et parasubordination. La place de la subordination juridique et de la dépendance économique dans la relation de travail*, Limal, Antemis, 2017 ; K. VAN DEN LANGENBERG et A. VAN REGENMORTEL, « Analyse van de beslissingen van de Administratieve Commissie ter regeling van de Arbeidsrelatie », in *Actuele problemen van het socialezekerheidsrecht*, L. DE MEYER, A. VAN REGENMORTEL, V. VERVLiet (dir.), n° 17, Bruges, la Charte, 2016, pp. 118 à 145.

(109) Titre XIII de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006, M.B., 28 décembre 2006, article 331.

(110) Voy. à ce sujet K. NEVENS et F. SCHAPIRA, « Schijnzelfstandigen in het defensief? Het vermoeden betreffende de aard van de arbeidsrelatie (hoofdstuk V/1 van de Arbeidsrelatiewet) », in *Misbruik- en fraudebestrijding in het sociaal recht*, G. VAN LIMBERGHE (dir.), Anvers, Intersentia, 2015, pp. 69 à 139.

(111) Nous ne pouvons ici qu'effleurer les règles applicables en matière de détachement. En matière de droit du travail, ces règles figurent principalement dans la directive n° 96/71 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services. En matière de sécurité sociale, voy. l'article 12 du règlement n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale ainsi que l'article 15 du règlement n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.

(112) Voy. sur ce phénomène H. VERSCHUREN, « De territoriale en extraterritoriale toepassing van het sociaal recht binnen de Europese interne markt », *R.D.S.*, 2017/1, p. 303.

conditions (relatives notamment à la durée du détachement), que pour rester assujetti au système de sécurité sociale du pays d'origine (c'est-à-dire, le pays à partir duquel il est détaché) le travailleur doit être détaché par « un employeur y exerçant normalement ses activités »⁽¹¹³⁾. Cette condition est remplie lorsque l'employeur « exerce généralement des activités substantielles autres que des activités de pure administration interne sur le territoire de l'État membre dans lequel il est établi »⁽¹¹⁴⁾.

Pour contourner cette condition, certaines entreprises peu scrupuleuses constituent des entreprises dans des États membres appliquant des cotisations sociales relativement basses. Ces entreprises, qui n'ont en réalité aucune activité, jouent alors le rôle de l'employeur. De cette façon, il semble à première vue que le travailleur a été détaché par une entreprise établie dans un autre État membre, alors qu'en réalité, il a été engagé uniquement pour effectuer des prestations en Belgique et la société établie à l'étranger n'est qu'un intermédiaire fantôme⁽¹¹⁵⁾.

Il va de soi que, même pour les services de l'inspection sociale, ce type de fraude est extrêmement difficile à détecter. Pour la combattre, il est indispensable de collaborer avec les administrations d'autres États membres qui pourront, par exemple, constater que la société qui se présente comme l'employeur des travailleurs détachés n'exerce aucune activité effective⁽¹¹⁶⁾. Ce type d'investigation ne peut évidemment pas être conduit par un pouvoir adjudicateur, au seul regard de l'offre d'un soumissionnaire.

Infractions en matière d'accès au territoire et de séjour

62. Enfin, il semble impossible de constater des infractions à la loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers⁽¹¹⁷⁾ dans le cadre de l'analyse des offres. En effet, à ce moment, l'identité et, *a fortiori*, le statut de séjour des travailleurs ne seront pas toujours connus. Même si ces données étaient connues, les travailleurs qui doivent obtenir une autorisation de séjour ont la possibilité de la demander après le dépôt de l'offre.

Cette difficulté, avec les autres que nous avons relevées, illustre le fait que la réception de l'offre constitue un moment malaisé pour découvrir une infraction en matière de droit social, car les prestations de travail n'ont pas encore commencé.

3.2 COMPARAISON DES OFFRES AU REGARD DES CRITÈRES D'ATTRIBUTION

63. Le choix des critères d'attribution peut servir l'objectif de lutte contre le dumping social, en réduisant l'impact de l'avantage concurrentiel dont bénéficient certains soumissionnaires en raison des différences existant entre les systèmes de protection sociale au sein de l'Union européenne.

Les critères d'attribution doivent être liés à l'objet du marché⁽¹¹⁸⁾, de sorte que le pouvoir adjudicateur ne peut pas, au titre d'un critère d'attribution, valoriser la politique générale de l'entreprise, au-delà du contrat concerné⁽¹¹⁹⁾. Ainsi, le pouvoir adjudicateur peut par exemple valoriser le fait que les fournitures qu'il souhaite acquérir seront produites dans des conditions socialement responsables ; il ne peut en revanche pas accorder plus de points au soumissionnaire qui s'engagerait à produire toutes ses fournitures (pas uniquement celles acquises par le pouvoir adjudicateur) dans de telles conditions.

64. Le Guide de la Chancellerie encourage à ne pas attribuer un marché uniquement sur la base du prix le plus bas et à prévoir des critères qualitatifs⁽¹²⁰⁾. Il invite également à dépasser le critère du prix en tenant plus largement compte du « coût », tel que le coût du cycle de vie.

Les pouvoirs adjudicateurs conservent cependant le droit d'attribuer un marché sur la base du seul critère du prix (« adjudication », pour utiliser une terminologie désormais abandonnée). Le législateur belge n'a en effet pas fait usage de la possibilité offerte par la directive d'interdire ou de limiter l'utilisation des procédures fondées sur le critère unique du prix⁽¹²¹⁾. Des amendements avaient certes été déposés en ce sens⁽¹²²⁾, mais le Gouvernement a considéré qu'il y avait « beaucoup de cas dans lesquels

(113) Article 12, 1. du règlement n° 883/2004, précité.

(114) Article 13.2. du règlement n° 987/2009, précité.

(115) Voy., au sujet de ces pratiques, Direction générale du contrôle des lois sociales, *Rapport d'activité 2015*, SPF Emploi, Bruxelles, 2017, p. 122.

(116) Voy., au sujet des échanges de données effectués par la cellule COVRON afin de combattre ce type de structures, Direction générale du contrôle des lois sociales, *Rapport d'activité 2015*, SPF Emploi, Bruxelles, 2017, p. 140.

(117) De telles infractions sont sanctionnées par l'article 175 du Code pénal social.

(118) Art. 81, §§ 2 et 3, de la loi du 17 juin 2016.

(119) C.J.U.E., 12 mai 2012, C-368/10, *Commission c. Pays-Bas*.

(120) Guide, p. 13.

(121) Art. 67, § 2, dernier al., de la directive 2014/24/UE.

(122) Amendement n° 25 de M. Daerden et consorts, *Doc. parl.*, Ch. repr., session 2015-2016, n° 54-1541/5, p. 29 ; amendement n° 44 de MM. Calvo et Gilkinet et Mme Gerkens, *Doc. parl.*, Ch. repr., session 2015-2016, n° 54-1541/6, p. 19.

l'utilisation de cet unique critère [prix] est logique et cela n'entrave pas la lutte contre le dumping social, bien au contraire. Ainsi, dans le cas d'un marché de fourniture de casques de pompiers ou de seringues pour hôpitaux (produits hautement standardisés), il suffit de se référer dans les spécifications techniques à ces normes. Ainsi, la qualité à prendre en compte est suffisamment prise en compte lors de la description des spécifications techniques »⁽¹²³⁾.

65. Le Guide invite en outre à favoriser, dans la formulation des critères d'attribution, les circuits courts de commercialisation. Il précise cependant que le circuit court ne peut pas être lié à un critère géographique et que la localisation du producteur ne peut constituer un critère d'attribution du marché⁽¹²⁴⁾. Autrement dit, la vente directe d'un producteur à un consommateur éloigné l'un de l'autre de plusieurs milliers de kilomètres est un circuit « court » au sens des marchés publics... Il est néanmoins possible de favoriser indirectement les entreprises locales, par exemple au moyen de critères qualitatifs et de la prise en compte du coût du cycle de vie (y compris le coût du transport)⁽¹²⁵⁾.

66. La qualité d'une offre peut aussi être appréciée en fonction notamment des « caractéristiques sociales » du commerce et des conditions dans lesquelles il est pratiqué (commerce équitable)⁽¹²⁶⁾. Le Guide ne cite cependant aucun exemple de critères d'attribution liés aux « caractéristiques sociales ». L'on pourrait imaginer un critère lié à une clause sociale de formation ou d'insertion (le nombre de points attribués étant lié au nombre de personnes que le soumissionnaire s'engage à engager ou à former) ou à la qualité de la formation dispensée à ces personnes. Un autre exemple pourrait consister à valoriser des méthodes d'exécution du contrat qui favorisent le bien-être des travailleurs affectés à ce contrat (pauses suffisamment fréquentes,...).

67. Les critères d'attribution (de même que les spécifications techniques ou les conditions d'exécution) peuvent exiger un label particulier à certaines conditions⁽¹²⁷⁾.

La faisabilité d'un label « Entreprise sans dumping social » est apparemment à l'étude en Wallonie⁽¹²⁸⁾. Le développement d'un tel label et son utilisation semblent néanmoins compliqués au regard des exigences visées par la loi⁽¹²⁹⁾. En particulier, à supposer qu'un tel label soit élaboré, le pouvoir adjudicateur devra accepter les labels équivalents, et devra également accepter d'autres moyens de preuve dans deux cas : (i) si un opérateur économique n'est pas en mesure d'obtenir le label particulier ou un label équivalent dans les délais fixés pour des raisons qui ne lui sont pas imputables (hypothèse fréquente en pratique, vu les brefs délais de remise d'offre) ; ou (ii) sous les seuils européens (ce qui sera souvent le cas pour les marchés de travaux, dont le seuil est très élevé – 5.548.000 euros depuis le 1^{er} janvier 2018).

Autrement dit, même si un label « anti-dumping » était mis en place, l'opérateur économique aurait, dans de très nombreux cas, la possibilité de démontrer que son entreprise répond aux conditions sous-jacentes du label. Ceci fait perdre une grande partie de son utilité au label, dès lors qu'il ne soulage pas les pouvoirs adjudicateurs de l'opération de contrôle du respect du droit social.

En outre, la loi prévoit que si le label comprend partiellement des exigences qui ne sont pas liées à l'objet du marché (ce qui sera souvent le cas d'un label social), le pouvoir adjudicateur ne peut pas exiger le label en soi. Il ne peut que faire référence à certaines spécifications détaillées de ce label.

Il ressort de ce qui précède qu'au stade de l'analyse des offres, la lutte contre le dumping social peut tout d'abord s'opérer via le contrôle de la régularité des offres. Néanmoins, la nouvelle

(123) Rapport fait au nom de la Commission des finances et du budget, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2015-2016, n° 54-1541/11, pp. 18-19 et 60-61.

(124) Il s'agirait en effet d'une entrave à la libre prestation des services, en principe interdite (J.-F. JAMINET, « Debout ! Les adjudicateurs ! Du dumping, faisons table rase », *op. cit.*, p. 322).

(125) *Ibid.*, pp. 322-323.

(126) Art. 81, § 2, 3°, a), de la loi du 17 juin 2016.

(127) Art. 54 de la loi du 17 juin 2016 :

- le label porte sur des exigences liées à l'objet du marché ;
- le label est fondé sur des critères vérifiables de façon objective et non discriminatoire ;
- le label est établi suivant une procédure transparente et ouverte à toutes les parties concernées ;
- le label est accessible à toutes les personnes intéressées ;
- le label est délivré par un tiers indépendant de l'opérateur qui le demande.

Il n'y a plus d'obligation pour le pouvoir adjudicateur de décrire les exigences sous-jacentes du label dans le cahier des charges (contrairement à ce qu'avait imposé la Cour de justice dans sa jurisprudence *Max Havelaar*, C.J.U.E., 12 mai 2012, C-368/10, *Commission c. Pays-Bas*).

(128) <http://gouvernement.cfwb.be/vers-un-label-entreprise-sans-dumping-social>.

(129) Sur les labels en matière sociale, voy. R. CARANTA, « Sustainable Procurement », in *EU Public Contract Law – Public Procurement and Beyond*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 172 et s.

cause d'irrégularité liée au non-respect du droit social suppose de pouvoir identifier une infraction dans l'offre, ce qui ne sera que rarement le cas. Le contrôle de régularité des offres a également lieu au travers de la vérification des prix anormaux. Cette vérification a désormais un champ d'application plus large et moins bien défini, qui risque d'occasionner un certain inconfort tant dans le chef du contrôleur que du contrôlé.

L'analyse des offres est également l'occasion de comparer les soumissionnaires réguliers entre eux en vue de valoriser les offres qui présentent des conditions socialement plus responsables. Sur ce plan, la nouvelle loi n'innove pas vraiment. Il reste en particulier possible d'attribuer un marché uniquement sur la base du critère « prix » et le critère d'attribution social doit être lié à l'objet du marché (et ne peut donc pas valoriser des comportements étrangers aux fournitures, services et travaux acquis par le pouvoir adjudicateur).

4. Conclusion

68. La transposition belge de la réforme européenne des marchés publics de 2014 entend traduire de fortes ambitions en termes de lutte contre le dumping social⁽¹³⁰⁾.

Nous avons vu que, dans le cadre de la passation des marchés publics, cet objectif prend essentiellement la forme d'une lutte contre les pratiques illégales, suivant l'idée que le non-respect des obligations sociales a pour effet de fausser la libre concurrence, de sorte que la lutte contre le dumping social est la suite logique des principes d'égalité et de non-discrimination qui fondent le droit de la commande publique⁽¹³¹⁾.

69. Pour partie, ce contrôle de légalité s'opère via quelques vérifications relativement simples

et rapides au stade de la sélection qualitative (paiement des impôts et des cotisations sociales, absence de condamnation pénale, etc.), même si l'opportunité pour les soumissionnaires en infraction de faire valoir des mesures correctrices est de nature à créer de nouvelles zones d'inconfort, surtout dans le chef du pouvoir adjudicateur appelé à mettre en balance la gravité de la situation d'exclusion avouée avec l'étendue des mesures correctrices vantées par le soumissionnaire.

70. D'autres formes de contrôle de légalité sont, en revanche, plus complexes, comme celle tendant à s'assurer du respect du « droit social » (au sens le plus large) au regard du comportement passé du soumissionnaire (contrôle « par tout moyen approprié » lors de la sélection qualitative) ou du contenu de son offre (notamment dans le cadre d'un contrôle des prix anormalement bas).

Le pouvoir adjudicateur, désormais chargé par l'article 7 de la nouvelle loi de s'assurer du respect du droit social par les opérateurs économiques, peut légitimement se sentir démuni face à la nature et à la quantité des contrôles qu'il pourrait – voire devrait – opérer à cet égard.

71. Un auteur a utilisé l'expression de « substitution réglementaire » (*regulatory substitution*) pour désigner le processus par lequel le droit des marchés publics est de plus en plus utilisé en vue d'assurer le respect du droit social⁽¹³²⁾.

À notre sens, et contrairement audit auteur, ce phénomène de substitution n'est pas illégitime, et est même en phase avec la valorisation croissante d'objectifs transversaux (protection de l'environnement, promotion de l'innovation, etc.) dans la commande publique⁽¹³³⁾. Ces objectifs, auparavant qualifiés de « secondaires »⁽¹³⁴⁾, renvoient aux fonctions dites « instrumentales »⁽¹³⁵⁾ ou « stratégiques » des marchés publics, dont les possibilités sont sous-exploitées⁽¹³⁶⁾.

(130) Voy. notamment le communiqué de presse du Conseil des ministres du 30 juin 2017, www.presscenter.org/fr/print-pdf-full/89375.

(131) En ce sens, voy. le projet de loi relatif aux marchés publics du 4 janvier 2016, *Doc. parl.*, Ch. repr., session 2015-2016, n° 54-1541/1, p. 25 ; A. L. DURVIAUX, « Marchés publics et environnement : mise en perspective », in *Entreprises et protection de l'environnement* (C. Verdure dir.), Colloque de la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège, Limal, Anthemis, 2012, p. 79.

(132) A.S. GRAELLS, « Regulatory substitution between labour and public procurement law : the EU's shifting approach to enforcing labour standards in public contracts », *European Public Law*, 2018, vol. 24, pp. 229-254.

(133) B. SJÄFJELL et A. WIESBROCK, « Why should public procurement be about sustainability ? », in *Sustainable public procurement under EU law*, B. SJÄFJELL et A. WIESBROCK (dir.), Cambridge, CUP, 2016, pp. 16 et s. ; P. KUNZLIK, « The 2014 Public Procurement Package. One-step forward and two back for Green and Social Procurement ? », *op. cit.*, pp. 139-196.

(134) Notamment par la Commission européenne dans sa communication interprétative du 15 octobre 2001 sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés (COM(2001) 566 final) et sa communication interprétative du 4 juillet 2001 sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et la possibilité d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés (COM(2001) 274 final).

(135) A. L. DURVIAUX, « Marchés publics et environnement : mise en perspective », *op. cit.*, p. 45.

(136) Voy. à ce propos la communication de la Commission du 3 octobre 2017, *Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe*, COM (2017) 572 final.

À notre sens, il faut néanmoins être attentif à ce que le processus de passation des marchés publics ne se transforme pas en audit social, ce qui contredirait l'objectif de simplification de la commande publique que la réforme européenne de 2014 visait également⁽¹³⁷⁾. Les pouvoirs adjudicateurs ne sauraient en effet être chargés de la surveillance d'un ensemble de dispositions dont le contrôle est par ailleurs assuré par plus de cinq services d'inspection sociale distincts et spécialisés⁽¹³⁸⁾.

72. Pour cette raison, il convient à notre estime d'interpréter de manière raisonnable les obligations de contrôle mises à charge des pouvoirs adjudicateurs. Ces obligations devraient à tout le moins inciter chaque pouvoir adjudicateur à élaborer une stratégie de lutte contre le dumping social qui soit ambitieuse mais réaliste au regard de ses connaissances du droit social et surtout des moyens de contrôle qu'il peut mettre en œuvre.

S'agissant en particulier de l'analyse des offres, il est conseillé aux pouvoirs adjudicateurs de déterminer à l'avance les infractions qui seront recherchées dans les offres et les documents précis qui devront être produits par les soumissionnaires à cet effet.

En outre, pour les projets plus stratégiques, le pouvoir adjudicateur peut envisager d'impliquer l'inspection (avec les acteurs sectoriels, comme la Confédération Construction) pour le développement d'outils facilitant la détection d'infractions et pour analyser les informations qu'ils reçoivent des entreprises. Peut ainsi naître un échange

dans le cadre duquel l'inspection sociale fournit son expertise et les pouvoirs adjudicateurs des informations permettant à l'inspection de détecter les entreprises qui ne respectent pas la loi⁽¹³⁹⁾. À cet égard, il est encourageant de constater que le Service Public Wallonie (SPW) et le Service d'information et de recherche sociale (SIRS) ont conclu un protocole de collaboration prévoyant précisément des échanges d'informations entre le SPW et le SIRS ainsi que des formations du personnel du SPW par des membres du SIRS⁽¹⁴⁰⁾.

73. En toute hypothèse, les mesures précitées ne permettent pas de contrer des pratiques d'« optimisation » des coûts salariaux qui sont légales (comme le détachement de travailleurs étrangers), mais perçues par une partie des entreprises belges et par l'opinion publique comme conférant un avantage indu aux entreprises établies dans des États moins protecteurs des droits des travailleurs.

La lutte contre ce type de dumping s'opère principalement par la dévalorisation du critère du prix, au profit de la prise en compte du coût de l'ensemble du cycle de vie et de la valorisation de la qualité. Ces modalités doivent cependant s'accommoder de l'exigence d'un lien avec l'objet du marché et s'abstenir de visées protectionnistes.

74. Ce bilan en demi-teinte devrait inciter les pouvoirs adjudicateurs à la prudence, mais pas à l'inaction : les opportunités de contribuer au développement d'un marché de l'emploi plus juste sont nombreuses et les pouvoirs adjudicateurs ont tout intérêt à les saisir.

(137) Voy. le communiqué de presse de la Commission européenne du 20 décembre 2011, annonçant la réforme à venir et son objectif (qualifié de « premier ») de simplification et d'assouplissement des règles et procédures (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1580_fr.htm?locale=FR).

(138) À ce sujet voy. D. DUMONT, C. NAGELS et G. VAN LIMBERGHE (dir.), dossier « Le nouveau paysage des inspections sociales », *Revue belge de sécurité sociale*, vol. 59/2, 2017, sous presse.

(139) La COVRON a le développement de ce type de partenariat dans son dernier rapport annuel : Direction générale du contrôle des lois sociales, Rapport d'activité 2015, SPF Emploi, Bruxelles, 2017, p. 145.

(140) Cette collaboration est prévue par un protocole signé le 19 décembre 2016 et encadrée par une circulaire du SPW du 19 juin 2017. Les auteurs tiennent à remercier Pierre Goffart, attaché au SPW, d'avoir bien voulu leur procurer une copie de ces documents.